



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredragande
Matilda Skogberg

DOM
2019-12-05
Meddelad i Falun

Mål nr
4513-19

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Prenax AB, 556540-7474
Box 1080
164 25 Kista

MOTPART

1. Ferdosi Media AB, 556848-9685

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

2. Halmstads kommun, 212000-1215

Ombud: Kommunjurist Carl-Magnus Billström
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019-12-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 266201

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Halmstads kommun (Kommunen) gör en upphandling av prenumerationservice tidningar och tidskrifter (dnr KS 2019/00345). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av tilldelningsbeslutet framgår att ett anbud från Ferdosi Media AB (Ferdosi) antagits samt att ett anbud från Prenax AB (Prenax) placerat sig på andra plats.

Prenax ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Ferdosis anbud ska diskvalificeras eftersom bolagets anbud inte uppfyller de uppställda kraven samt eftersom Kommunen har en skyldighet att förkasta anbud med onormalt låga priser om det inte finns en rimlig förklaring till priserna.

Kommunerna anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför att upphandlingen har genomförts i enlighet med upphandlingsdokumenten och LOU.

Ferdosi anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför att bolagets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och Kommunens bedömning att Ferdosis anbud inte är onormalt lågt är korrekt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Prenax anført är visat att Kommunen har brutit mot

någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Prenax har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Har Ferdosis anbud felaktigt antagits?

Prenax anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget punkt 4.1.5.g anges ett obligatoriskt krav avseende eventuell begäran om sekretess inklusive motivering där det framgår att uppgifterna ska preciseras avseende vilket stycke och mening/ord eller liknande som avses. Av utlämnad information framgår att Ferdosis anbud innehåller en begäran om sekretess som inte uppfyller kraven i punkt 4.1.5.g. och anbudet ska därför förkastas. Kommunen har genom sitt agerande frångått principen om likabehandling och inte gett Prenax möjlighet att bedöma konkurrerande anbud på ett adekvat sätt. Vidare innehåller Ferdosis anbud inte några detaljer kring punkt 4.1.3.b avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och anbudet ska även därför förkastas. Slutligen kan ingen av de två referenser som anges i Ferdosis anbud anses uppfylla de obligatoriska kraven som angetts i punkt 4.1.4 avseende referenser för teknisk och yrkesmässig kapacitet. Detta eftersom Ferdosis referensuppdrag är begränsade i omfattning och värde och inte har avsett leverans av tidningar och tidskrifter utgivna i Sverige. De två separerade nischerna svenska tidningar och tidskrifter respektive utländska tidningar och tidskrifter har olika ekonomiska och logistiska förutsättningar. I den aktuella upphandlingen svarar tidningar och tidskrifter utgivna i Sverige för ca 80% av den uppskattade volymen och uppdraget är ca fem gånger så stort som Ferdosis angivna referensuppdrag. Den aktuella upphandlingen är värderad till ca 1 000 000 kr per år omfattande 395

namngivna titlar. I det första referensuppdraget som Ferdosi angett uppskattades delen tidningar och tidskrifter utgivna utanför Sverige till 200 000 kr per år. Referensen har således ett avsevärt mindre värde och avser dessutom enbart utländska tidningar och tidskrifter. Även det andra referensuppdraget omfattade endast tryckta tidningar på utländska språk och uppgick till ca 700 000 kr per år. Det är därför orimligt att anse att Ferdosis referenser uppfyller kravet om liknande art och omfattning. Ferdosis anbud ska därför förkastas.


Kommunen anför i huvudsak följande. Avseende begäran om sekretess framgår det klart och tydligt av symbolförklaringen i upphandlingsdokumenten att frågor markerade med ett ”i” inneslutet i en ring ställs endast upplysningsvis. Denna symbol anges i anslutning till punkten 4.1.5.g. För det fall att det hade varit fråga om ett obligatoriskt krav hade symbolen innehållande ett ”!” angetts istället. Avseende kravet på referenser framgår inte att dessa begränsas till uppdrag med leverans av tidningar och tidskrifter utgivna i Sverige. En sådan begränsning skulle strida mot både proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering. Ferdosis anbud uppfyller således kravet i punkt 4.1.4.

Ferdosi anför i huvudsak följande. Punkten 4.1.5.g är inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Frågan ställs endast upplysningsvis och har inte någon koppling till föremålet för upphandlingen. Ferdosis anbud kan således inte förkastas ens vid en eventuell brist i motiveringen. Avseende punkten 4.1.4 uppfyller Ferdosi kravet eftersom bolaget har erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. I avsaknad av ytterligare krav i upphandlingsdokumenten avseende art och omfattning av referensuppdragen blir frågan om referensuppdragen är liknande föremål för en bedömning. Det skulle strida mot upphandlingsrättsliga principer att begränsa referensupptagningen till uppdrag med leverans av tidningar och tidskrifter utgivna enbart i Sverige. Något sådant krav har inte heller ställts.

Något krav kopplat till omsättningen från de angivna referensuppdragen har inte heller ställts. Prenax har inte visat att Ferdosis anbud inte uppfyller de krav som ställts och ett förkastande av bolagets anbud skulle dessutom strida mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 4.1.5.g i upphandlingsdokumenten anges följande.

g. Eventuell begäran om sekretess inklusive motivering. Uppgifterna skall preciseras avseende vilket stycke och mening/ord eller liknande som avses. 

Fritext

I punkt 4.1.3 i upphandlingsdokumenten anges följande.

4.1.3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivare skall inneha och visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Detta skall framgå av anbudet som skall innehålla en korfattad beskrivning av det anbudsgivande företaget. I beskrivningen bör följande ingå:

- affärsidé och verksamhet
- organisation och ledning
- geografisk etablering
- översiktlig kompetensbild/struktur

Anbudsgivare skall ha rutiner för kvalitetssäkring som säkerställer att uppdraget utförs på ett sådant sätt att överenskommen omfattning och kvalitet uppnås och upprätthålls. Beskrivning av hur detta krav tillgodoses skall lämnas i anbudet.

I punkt 4.1.4 i upphandlingsdokumenten anges följande.

4.1.4 Teknisk och yrkesmässig kapacitet - referenser

Anbudsgivare skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren (från sista anbudsdag).

Detta skall styrkas med i anbudet angivna kundreferenser två (2 st) med kontaktperson, telefonnummer och e-post samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget. Kontaktpersonen skall ha kunskap om och kunna bekräfta att uppdraget genomförts så som det angetts i beskrivningen. Anbudsgivaren ansvarar för att kontaktpersonerna för uppdragen är vidtalade och går att nå på angiven e-post och telefonnummer samt har möjlighet att bekräfta referensuppdraget.

Referensuppdragen skall avse olika uppdragsgivare.

En anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag, exempelvis på grund av att verksamheten är nystartad, skall på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet. Uppdragen får inte vara äldre än tre år från sista anbudsdag.

Kommunen förbehåller sig rätten att bedöma om angivet referensuppdrag är likvärdigt eller inte.

Avseende punkt 4.1.5.g. konstaterar förvaltningsrätten att punkten är markerad med en symbol som anger att det är en fråga som ställs endast upplysningsvis. Det är således inte fråga om ett obligatoriskt krav och Ferdosis svar på frågan kan således inte medföra att bolagets anbud ska förkastas.

Prenax har även gjort gällande att Ferdosis anbud inte uppfyller kravet avseende punkt 4.1.3 eftersom Ferdosis anbud inte innehåller sådana beskrivningar som efterfrågats. Förvaltningsrätten konstaterar att det av Ferdosis anbud framgår dels en kortfattad beskrivning av Ferdosi och dels att Ferdosi hänvisar till de bifogade filerna ”presentation” och ”kvalitetsmanual”. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Prenax inte visat att Ferdosis anbud inte uppfyller aktuellt krav i upphandlingsdokumenten.

Prenax har slutligen anfört att det referensuppdrag som åberopats av Ferdosi inte är av liknande art och omfattning som aktuell upphandling. Detta eftersom Ferdosis referensuppdrag är begränsade i omfattning och värde samt eftersom referensuppdragen inte innefattar leverans av tidningar och tidskrifter utgivna i Sverige. Kommunen har gjort gällande att inga specifika krav på omfattning eller värde ställts samt att ett krav på att referensuppdragen skulle omfatta tidningar och tidskrifter utgivna i Sverige hade stridit mot principen om icke-diskriminering. Av upphandlingsdokumenten framgår att referensuppdragen ska vara av liknande art och omfattning och att de ska vara utförda under de tre senaste åren. Några specifika krav avseende värdet på referensuppdragen eller att referensuppdragen måste ha omfattat leverans av svenska tidningar eller tidskrifter framgår inte av det aktuella kravet. Förvaltningsrätten anser inte att de omständigheter som Prenax har anfört visar att de referensuppdrag som Ferdosi angett inte uppfyller de aktuella kraven.

Är Ferdosis anbudspris onormalt lågt?

Prenax anför i huvudsak följande. Ferdosi har angett att man avser att ge Kommunen en rabatt på 8% på förlagens officiella listpriser inom samtliga områden, dvs. på svenska dagstidningar, svenska tidskrifter, internationella dagstidningar och internationella tidskrifter. Det är en orimligt låg prisnivå som Kommunen bör ha ifrågasatt och undersökt närmare i sin utvärdering eftersom den avviker kraftigt från såväl övriga anbud i aktuell upphandling som anbud i liknande upphandlingar som genomförts på den svenska marknaden under de senaste åren. Under de villkor som råder på den svenska marknaden för prenumerationstjänster är det omöjligt att erbjuda dessa villkor. Det är en låg-marginal bransch som närmast är att jämföra med dagligvaruhandeln där tidningar och tidskrifter till konsument erbjuds till försäljning. För 2016 hade dagligvaruhandeln en rörelsemarginal om 2,6% enligt Statistiska Centralbyrån (SCB) och HUI Research. Anbud med en prisnivå där 8% rabatt på förlagens pris ger vid handen en för branschen negativ marginal och ska ställas mot Ferdosis redovisade resultat om ca 275 000 kr för verksamhetsåret 2018. Ferdosis anbud ska därför förkastas på grund av onormalt låga priser.

Kommunen anför i huvudsak följande. Kommunen har vid anbudsutvärderingen gjort bedömningen att Ferdosis anbud inte kan förefalla vara onormalt lågt varför någon förklaring enligt 16 kap. 7 § LOU inte har begärts in. Det faktum att Ferdosi offererat priser innefattande en rabatt på 8% på företagens officiella listpriser inom samtliga områden kan inte medföra att anbudet ska anses vara onormalt lågt, rekvisitet onormalt måste tolkas betydligt vidare än så. Skillnaden i offererad prisnivå mellan anbudsgivarna var inte heller så stora att Kommunen skulle vara skyldig att begära in en förklaring enligt LOU.

Ferdosi anför i huvudsak följande. Ferdosi har inte lämnat något onormalt lågt anbud. Kommunen har inte bedömt att Ferdosis anbud är onormalt lågt. Denna bedömning är korrekt. För det fall att Kommunen skulle ha ansett att Ferdosis anbud var onormalt lågt skulle Kommunen ha begärt en förklaring från bolaget. Endast om en sådan förklaring inte på ett tillfredsställande sätt skulle förklara det låga priset eller kostnaden finns det en skyldighet för Kommunen att förkasta Ferdosis anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

I 16 kap. 7 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden om ett anbud förefaller vara onormalt lågt samt att den upphandlande myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i LOU eller i Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 3 uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om ett anbud är onormalt lågt, inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger.

Den upphandlande myndigheten har en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud. I mål där sökande är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att vinnande anbudsgivares anbud är onormalt lågt är det den sökande som har bevisbördan för detta. Det krävs förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt. (Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895-2896-17.)

Prenax har gjort gällande att Ferdosis anbud är onormalt lågt och som stöd för detta anfört att det är omöjligt att erbjuda rabatt på 8 % under de villkor

som råder på den svenska marknaden. Prenax har hänvisat till statistik från SCB och HUI Research enligt vilken rörelsemarginalen inom dagligvaruhandeln, där tidningar och tidskrifter erbjuds till försäljning till konsument, är 2,6 %. Förvaltningsrätten konstaterar att denna statistik rör hela dagligvaruhandeln och således inte endast försäljning av tidningar och tidskrifter. Förvaltningsrätten anser därför att den återopade statistiken inte visar att anbudet från Ferdosi är att betrakta som onormalt lågt. Förvaltningsrätten anser inte heller att övriga omständigheter som anförts av Prenax medför att Ferdosis anbud är att betrakta som onormalt lågt. Prenax har således inte visat att Kommunen borde ha begärt en förklaring från Ferdosi med anledning av bolagets anbudspris.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att de omständigheter som Prenax anført inte är sådana att bolaget kan anses ha visat att Kommunen agerat i strid med upphandlingsdokumenten, de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU när anbudet från Ferdosi ansetts uppfylla de aktuella kraven. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Sofia Lund
förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

