



**KLAGANDE**

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109  
Box 13  
264 21 Klippan

Ombud: Advokat Jerker Alm och  
Advokat Lina Bergqvist  
Advokatfirman Vinge KB  
Box 1064  
251 10 Helsingborg

**MOTPART**

Bring CityMail Sweden AB, 556591-6961  
Västberga Gårdsväg 36  
120 21 Stockholm

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och  
Advokat Carl Bokwall  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

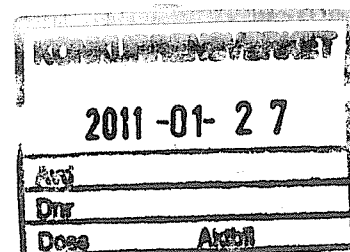
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 23 juli 2010 i mål nr 9491-10,  
se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Med delvis bifall till överklagandet upphäver kammarrätten  
förvaltningsrättens dom såvitt avser Kommunförbundet Skånes upphandling  
”Posttjänster 2010:04”, delområde 2 Offentlig information, och avslår  
överklagandet i övrigt.



## YRKANDEN

Kommunförbundet Skåne (Kommunförbundet) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och lämnar Bring Citymails ansökan om överprövning utan bifall. Kommunförbundet yrkar i andra hand, för det fall kammarrätten finner att kravet på geografisk täckning inom Område 1 till någon del inte är sakligt, att endast den kategorin ska träffas av ett domslut om att upphandlingen ska göras om.

Bring Citymail Sweden AB (Bring) anser att överklagandet ska avslås.

## UTVECKLING AV TALAN

### *Kommunförbundet*

Kommunförbundet anför i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de för upphandling gällande grundläggande principerna. Förvaltningsrätten har angivit att syftet med upphandlingen är att köpa aktuella tjänster till lägsta möjliga pris. Det är fel. Priset är endast en komponent. Enbart det faktum att utvärderingskriteriet lägsta pris använts innebär inte att det enda syftet är att köpa till lägsta pris. Vad som är syftet tar sig även uttryck i vilka krav som i övrigt ställs i upphandlingen. Syftet är att få en rationell, kvalitativ, effektiv och säker posthantering utifrån hur de upphandlande myndigheterna är organiserade och som motsvarar deras behov med avseende på distribution av försändelser såväl inom som utom kommunen och inom vissa tidsintervall. Det övergripande syftet är också skälet till den områdesindelning som gjorts. Om en upphandling delas upp i flera mindre delar ökar endast sannolikheten för att fler aktörer deltar men det går inte att säga något om prisbilden. De olika delområdena i Område 1 är intimt förknippade genom behovet av distribution utanför kommunens gräns, geografisk täckning.

Cirka 30 procent av försändelserna går utanför kommunens gränser. Inom delområde 1 finns behov av nationell täckning. Kravet på proportionalitet av delområde 1 ska bedömas utifrån behovet av en rationell och säker posthanteringstjänst. Inom kommunerna sker inte någon form av sortering av utgående post inom kommunernas förvaltningar, med avseende på adressatens ort. Malmö kommun har viss posthantering innebärande att personal kör ut till förvaltningar för att hämta försändelser. Därefter överlämnas dessa till postoperatören. Den sortering som görs är mellan A- och B-post. Helsingborg saknar posthantering. Personalen vid kommunens förvaltningar hanterar posten så att den läggs i en behållare för utgående post vid respektive arbetsplats. Därefter hämtas posten av distributören genom en helhetstjänst i form av hämtning, frankering, sortering och utdelning. Detta har ökat effektiviteten i hanteringen. Övriga kommuner och organisationer har ingen egen posthantering, dvs. det sker inte sortering av utgående post utifrån mottagarorter. När det gäller massutskick kan påpekas att dessa även sker genom manuell hantering. Det är en blandad kategori som kan gå utöver kommunernas gränser. De går ibland som A-post och ibland som B-post. Bring har inte i sitt utbud utdelning dagen efter utskick. Genom sammanläggningen av kategorierna inom Område 1 har besparingar gjorts. Kommunerna har gjort stora investeringar i form av frankeringsmaskiner för att få rabatter. Maskinerna är neutrala, dvs. inte kopplade till leverantör. Det är dock endast Posten som idag erbjuder tjänsten frankostämpling. Detta hindrar dock inte att Bring offererar tjänsten som sådan. För att göra den uppdelning som förvaltningsrätten kräver förutsätts att kraven på geografisk täckning och nyttjandet av frankeringsmaskiner tas bort. Det stämmer inte med proportionalitetsprincipen. Kommunerna skulle behöva anställa personal respektive informera och lära personal att sortera försändelserna. Detta ökar risken för fel. Kommunerna har ett stort antal känsliga försändelser. Detta innebär inte ett effektivt utnyttjande av skattemedel. - Vad gäller delområde 2 har helt bortsetts från volymrabatter. Dessa är betydande och ger ett klart stöd för att kravet är berättigat. Det föreligger de facto en konkurrens inom detta område. Det finns inte mindre

ingripande alternativ för att nå syftet med upphandlingen. Det är den upphandlande myndigheten som fastställer sitt behov. Kommunerna känner sin verksamhet och har kunskap om hur den är organiserad. Bring har haft möjlighet att tillsammans med andra aktörer lämna anbud på område 1 men avstått från att göra detta. Det kan också ifrågasättas om inte Posten, på grund av sitt åläggande att upprätthålla nationell täckning, har en kontraheringsplikt att samverka med andra avseende de områden där Posten har en legal skyldighet att upprätthålla postförmedlingen. Här är dock inte visat att Bring ens försökt skapa ett samarbete med Posten för att kunna ge ett anbud. Förvaltningsrätten har ansett att det inte kan uteslutas att Bring har lidit skada. Därigenom har man lagt risken för skada långt bortom en konkret risk. Skaderisken måste i vart fall vara i någon mån konkret och reell. För att avgöra detta måste det bedömas om det alternativ som den klagande för fram verkligen är realistiskt att genomföra. Det alternativ som Bring åberopat skulle medföra orimliga konsekvenser för den upphandlande enheten. Det är inte visat att det föreligger risk för skada för bolaget. När det gäller den andra delen Offentlig information anser förvaltningsrätten att det är ett berättigat krav att styra utdelningen i tiden. Brings anbud får förstås så att detta bolag inte klarar det kravet. Med hänsyn härtill kan Bring inte bli aktuell som leverantör. Det saknar då betydelse om kravet på geografisk täckning anses felaktigt. Upphandlingen rör en omogen och haltande marknad. En aktör åläggs att ha ett rikstäckande distributionsnät och en offentlig prissättning medan övriga aktörer kan inrikta sig på vinstgivande delar. Detta måste vägas in vid bedömningen dels av Brings argument, dels i vilken utsträckning kommunerna ska vara skyldiga att skapa en fungerande marknad. Det är ett felaktigt påstående att Kommunförbundet skulle pekat ut Posten som den givna leverantören.

*Bring Citymail Sweden AB*

Bring anför i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen berör såväl kontorspost som hanteras av tjänstemännen själva, som massutskick vilka

inte hanteras av tjänstemännen utan sker digitalt genom att en datafil skickas till ett tryckeri som skriver ut och adresserar försändelserna. Försändelserna tas därefter om hand av postbefordringsföretag som distribuerar dem till adressaterna. Denna hantering påverkas inte av hur många distributörer som antas eller vilken geografisk täckning distributörerna har eftersom det enkelt går att särskilja försändelserna i den digitala filen utifrån postnummer. Den omständigheten att massutskick lagts in i anbudsområde 1 Porto är tillräckligt för att visa att upphandlingen utformats utan hänsyn till marknadens struktur eller i övrigt anpassats till tjänsternas karaktär, dvs. i strid med LOU i allmänhet och regeln i artikel 32.2. i direktiv 2004/18/EG att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt i synnerhet. Kommunförbundet har inte visat att de enskilda kommunerna inte kan erhålla en rationell, kvalitativt effektiv och säker posthantering även om de olika tjänsterna inom anbudsområde 1 och de geografiska täckningskraven hade delats upp så att flera leverantörer hade kunnat bjuda på dessa tjänster. Utöver påståendet att Bring hade kunnat samarbeta med andra leverantörer noteras att det inte finns något stöd för att bolaget hade kunnat delta i upphandlingen. Inte ens om samtliga Postens postoperatörer i Sverige samarbetade för att matcha Postens geografiska täckningsgrad och tjänstebredd vore det möjligt att lämna anbud på anbudsområdena Porto eller Offentlig information. Det får därför anses utrett att kravställningen utesluter Postens konkurrenter från anbudsområde 1 och 2. Genom att genomföra en samordnad ramavtalsupphandling för samtliga skånska kommuner på sätt som skett använder kommunförbundet ramavtalet på ett otillbörligt sätt som begränsar konkurrensen på marknaden för posttjänster. Det har inte anförts något som förklarar varför det skulle vara nödvändigt att lägga samtliga skånska kommuners och en stor mängd kommunala verksameters posthantering i en och samma leverantörs hand. Genom att använda tilldelningskriteriet lägsta pris har syftet med upphandlingen rimligtvis varit att samla en stor tjänstevolym under ett och samma ramavtal i syfte att pressa priset så långt som möjligt. Eftersom kommunförbundet använt tilldelningskriteriet lägsta pris kan man inte finna

något annat än att syftet med upphandlingen är att upphandla angivna tjänster till lägsta pris. Det ifrågasätts inte att det kan ha varit ett övergripande syftet att få en rationell, kvalitativt effektiv och säker posthantering men om man önskat väga in dessa parametrar i valet av leverantör skulle kommunförbundet ha använt sig av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunförbundets nu angivna syfte och behov kan säkras även om upphandlingen utformas så att flera leverantörer kan komma ifråga. När det gäller område 1 Porto och indelningen i delområden kan ifrågasättas om inte effekten att nå lägsta pris motverkas av det faktum att endast Posten är möjlig leverantör. För den väsentliga delen av tjänstebehovet finns det konkurrens. Bring har hög täckningsgrad i Skåne. På postmarknaden mäts konkurrensen i hur stora volymer som hanteras. Elektroniskt hanterade massutskick svarar för en väsentlig del av volymerna i upphandlingen. Det är uppenbart att dessa volymer hade kunnat särskiljas från övriga tjänster utan att det påverkat kommunerna negativt. Av de totala volymerna på ca 11 miljoner försändelser kan Bring ta minst 70 procent av de elektroniska massutskicken som ska levereras inom tre dagar utan något merarbete för kommunerna. Av A-post utskicken kan Bring ta ca 25 procent. Beträffande oadresserad offentlig information kan Bring ta cirka 70 procent som inte är tidskritisk. När det gäller den sortering som kommunerna ändå måste göra avseende daglig kontorspost kan sortering göras samtidigt, en för A-post och en för B-post. Vid den sorteringen kan även de utskick som ska utanför kommunen sorteras undan för avhämtning av den leverantör man valt för utskick utanför kommunen. Att en dominerande del av de försändelser som ingår i delområdena i Område 1 är sådana försändelser som kan stämpas med frankeringsmaskin är inte korrekt och överensstämmer inte med förfrågningsunderlaget. Kraven på geografisk täckning och frankostämpling är varken nödvändiga eller sakligt grundade. Bolaget bestrider att uppdelningen av tjänster skulle kräva nyanställningar. Detsamma gäller påståendet att A-postens punktlighet skulle äventyras. Risken för fel genom den mänskliga faktorn är också irrelevant. Leveranssäkerhet har inte varit

ett utvärderingskriterium. Påstående att område 2 Offentlig information resulterade i mycket bra priser är inte vederhäftigt då marknadens näst största aktör inte deltagit. Vad gäller området Offentlig information förutsätter kommunförbundets resonemang att även kammarrätten finner att kravet på utdelningskapacitet varje vardag är proportionerligt. När det gäller täckningskravet är detta uppenbart oproportionerligt vilket följer redan av förfrågningsunderlaget. Det är inte nödvändigt att en kommun eller alla skånska kommuner och kommunala verksamheter har en och samma leverantör. Man kunde t.ex. ha delat upp delområdet i två delar ett för ordinära utskick och ett för brådslande utskick. Bolaget lider därför skada av utformningen av anbudsområde 2 Offentlig information. Eftersom anbud lämnats med förutsättningen att alla efterfrågade tjänster ska levereras är anbuden inte delbara på ett sådant sätt att man kan undvika att behöva upphandla vissa tjänster på nytt.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Delområde 1 Porto*

Av kommunförbundets förfrågningsunderlag framgår att delområde 1: Porto innefattar åtta kategorier som kan indelas i daglig post, massutskick, svarspost, utrikes försändelser, paketdistribution samt frankostämpling. Vidare framgår att anbud kan lämnas på en eller flera delar/upphandlingsområden, men inom delarna/upphandlingsområdena är uppdragen inte delbara. Ramavtal kommer att tecknas med en leverantör per upphandlingsområde. Vidare framgår att det anbud som är kvalificerat och uppfyller samtliga ovillkorliga krav och som har lägst pris per upphandlingsområde kommer att antas.

Kommunförbundet har anfört att syftet med upphandlingen är att genomföra inköp av posttjänster på ett effektivt, rationellt och kvalitativt säkert sätt.

Mot detta har Bring invänt att syftet istället varit att köpa in tjänsterna till lägsta pris.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte annat än att syftet med upphandlingen varit att köpa in nu efterfrågade tjänster till lägsta pris. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det huvudsakliga syftet med upphandlingen varit att köpa in posttjänster till lägsta pris och att de krav som uppställts och som innebär att anbudslämnaren ska lämna anbud inom samtliga underkategorier inom delområdet och att endast en leverantör kan antas, inte är förenliga med det krav på proportionalitet som uppställs inom upphandlingslagstiftningen.

Kommunförbundet har yrkat att kammarrätten, för det fall överklagandet inte kan bifallas, ska förordna att endast den del som anses oproportionerlig ska göras om. Med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning, i vilket det klart anges att ett anbud kan antas endast under förutsättning att leverantören förmår leverera hela delområdet, anser kammarrätten i likhet med förvaltningsrätten att upphandlingen i denna del måste göras om. Överklagandet ska därför avslås såvitt avser delområde 1.

#### *Delområde 2 Offentlig information*

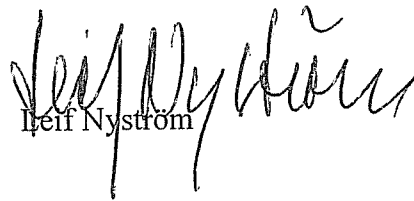
Förvaltningsrätten har i den överklagade domen funnit att kravet att Offentlig information ska kunna delas ut alla vardagar och enligt beställarens urval är förenligt med proportionalitetsprincipen. Bring har inte överklagat förvaltningsrättens dom. Med hänsyn till detta saknar kammarrätten möjlighet att pröva förvaltningsrättens bedömning i detta avseende. Kommunförbundet har anfört att Bring saknar möjlighet att uppfylla detta krav, varför Bring inte hade kunnat komma ifråga som leverantör inom område 2 Offentlig information. Påståendet har inte motsagts av Bring. Eftersom Bring saknar möjlighet att uppfylla detta krav kan Bring inte anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU. Därmed



saknas möjlighet att förordna att upphandlingen, till följd av kravet på geografisk täckning såvitt avser delområde 2 Offentlig information, ska göras om. Överklagandet ska därför bifallas i denna del.


---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Leif Nystrom

  
Niclas Falkendal

  
Berit Nilsson

  
Viktoria Sjogren Samuelsson  
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN** **DOM**  
**I MALMÖ** **2010-07-23**  
 Avdelning 1 Meddelad i  
 Christian Härdgård Malmö

Mål nr  
 9491-10 E

### SÖKANDE

Bring CityMail Sweden AB, 556591-6961  
 Västberga Gårdsväg 36  
 120 21 Stockholm

### Ombud:

Advokat Per-Owe Arfwedson  
 Advokat Carl Bokwall  
 Advokatfirman Cederquist KB  
 Box 1670  
 111 96 Stockholm

### MOTPART

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109  
 Box 13  
 264 21 Klippan

### Ombud:

Advokat Jerker Alm  
 Advokat Lina Bergqvist  
 Advokatfirman Vinge KB  
 Box 1064  
 251 10 Helsingborg

### SAKEN

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

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Bring CityMail Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Kommunförbundet Skånes upphandling "Posttjänster 2010:04", såvitt avser delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information", ska göras om.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

### Bakgrund

Kommunförbundet Skåne (nedan Kommunförbundet) håller på att genomföra upphandlingen "Posttjänster 2010:04". Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för öppet förfarande.

### Yrkanden

**Bring CityMail Sweden AB** (nedan Citymail) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information" ska göras om. Som grund för sin talan anför Citymail i huvudsak följande. Upphandlingen omfattar tre olika upphandlingsområden; 1 "Porto" (som omfattar åtta tjänster), 2 "Offentlig information" och 3 "Brev hel- och halvelektroniska". I förfrågningsunderlaget anges det att det kan komma att antas olika leverantörer för de olika områdena men att det inte är möjligt att lämna anbud på de olika tjänsterna inom ett område, eftersom endast en leverantör kommer att antas per område. Ett anbud måste alltså omfatta samtliga tjänster inom ett upphandlingsområde för att anbudsgivaren ska kunna komma ifråga som leverantör.

Eftersom endast en leverantör kommer att antas per område ställs det även ett generellt krav, i vart fall för område 1 "Porto", att leverantören ska kunna leverera försändelser inom hela det geografiska område som de deltagande kommunerna utgör samt även till övriga delar av landet. Kravet innebär att en leverantör måste ha fullständig geografisk täckning för postleveranser i hela landet. Det är endast Posten som erbjuder utdelning av daglig post, adresserat med leverans dagen efter (A-post) i hela landet. För denna tjänst är alltså Posten den enda möjliga leverantören. Inom B-post är Posten enda leverantör med täckning över hela landet. Citymail konkurre-

rar däremot med Posten avseende B-post inom Citymails geografiska område. Även lokala aktörer kan konkurrera inom sina täckningsområden som ofta utgörs av en enskild kommun eller stad. Kravet på full geografisk täckning utestänger dock all konkurrens.

Inom massutskick är Posten enda leverantör med täckning över hela landet. Citymail konkurrerar med Posten både inom A-post och B-post. Även lokala aktörer skulle kunna konkurrera på sina begränsade täckningsområden. Dock utestänger kravet på full geografisk täckning all konkurrens. Avseende de övriga tjänsterna inom område 1 svarspost, försändelser utrikes, paketsdistribution och frankostämpling är det endast Posten som tillhandahåller dessa tjänster alternativt så är de enda leverantör med full geografisk täckning. Kommunförbundet har buntat ihop posttjänster där det finns verklig eller i vart fall spirande konkurrens med tjänster där Posten möter svag eller ingen konkurrens och krävt att en och samma leverantör ska utföra alla tjänsterna. Detta medför att endast Posten kan komma ifråga för område 1 "Porto". Inte ens om alla landets övriga postoperatörer hade samverkat i upphandlingen hade man kunnat lämna ett genensamt anbud på område 1.

Tjänsterna inom upphandlingsområde 2 "Offentlig information" omfattar utskick till hushåll och företag av offentlig information. Utdelning av offentlig information ska enligt förfrågningsunderlaget kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval. Ett anbud måste omfatta hela tjänsten. Såvitt Citymail förstår krävs det inte att utskicken ska gå som A-post men väl att distributionskapaciteten ska vara dimensionerad så att utdelning ska kunna ske alla vardagar om så begärs. Om en kommun regelmässigt skulle ställa ett sådant krav är det bara Posten som kan uppfylla kravet på utdelning alla vardagar i hela landet. Utskicken det här är fråga om rör allmän samhällsinformation och det förefaller inte rimligt att sådana utskick skulle vara tidskritiska eller att de måste kunna nå kommuninvånarna alla dagar i

veckan. Citymail tolkar förfrågningsunderlaget på så sätt att offentlig information från de berörda kommunerna rimligtvis endast skickas till invånare/adressater inom den egna kommunen och att det därför inte ställs något krav på täckning i hela landet. Dock följer det ett implicit krav på täckning av ett område motsvarande alla de skånska kommunerna eftersom alla kommunerna ska ha en och samma leverantör. Det är då endast Posten som kan uppfylla detta krav.

Kommunförbundet underlåter alltså att tillvarata den konkurrens som finns på marknaden. Detta är inte tillåtet såvida det inte finns bärande skäl till kravställningen, dvs. är utformningen av upphandlingsföremålet och kravställningen proportionerliga. Kommunförbundets krav på att en och samma leverantör ska tillhandahålla samtliga tjänster i upphandlingsområde 1 till alla skånska kommuner är inte nödvändigt med hänsyn till ändamålet med kravet. Kravet är därmed inte heller proportionerligt. Om det finns mindre inskränkande alternativ måste dessa tillämpas. Kommunförbundets skäl för kravställningen är att kommunerna har behov av en "fullservice-tjänst" och att det uppstår "samordningsvinster" om samtliga kommuner och kommunala verksamheter som deltar i upphandlingen har en och samma postoperatör. Att kommunerna har ett fullservicebehov är emellertid inte ett bärande skäl för att alla kommunerna ska ha en och samma leverantör eller ens att en enskild kommun ska ha en och samma leverantör för alla tjänster inom upphandlingsområde 1. Fullservicebehovet kan täckas av flera leverantörer.

Den enda samordningsvinsten som Citymail kan se är inom frankostämpling, där det kan underlätta rent administrativt för den enskilda kommunen att endast ha en leverantör. Denna tjänst kan endast Posten tillhandahålla och är därtill endast hänförlig till den enskilda kommunen. Den samordningsvinst som kan nås med en leverantör är därför inte ett bärande skäl för kravställningen och kan i vart fall inte anses väga tyngre än skyldigheten

att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Om kommunförbundet hade utformat upphandlingsområdena utifrån hur konkurrensen på marknaden ser ut, hade befintlig konkurrens kunnat tillvaratas samtidigt som de upphandlande myndigheternas behov hade tillgodosetts fullt ut. För att utnyttja befintlig konkurrens måste det vara möjligt att lämna separata anbud på de posttjänster där Posten möter konkurrens utan att behöva tillhandahålla tjänster som bara Posten kan tillhandahålla.

Till följd av bristernas art lider Citymail skada i och med att Citymail förhindras från att lämna anbud i upphandlingen.

**Kommunförbundet** motsätter sig Citymails yrkande och anför i huvudsak följande. I en kommun eller ett kommunalt bolag finns det normalt sett ingen central postenhet som sköter hanteringen av in- och utgående post, utan detta sker ute på förvaltningarna och av den egna förvaltningen personal. Antag att en uppdelning gjorts av A- och B-post och att olika leverantörer valts för dessa kategorier. Då ska personalen, förutom att sköta sitt arbete t.ex. inom vården, skolan eller barnomsorgen, vid hanteringen av posten göra en ytterligare sortering och lämna de olika kategorierna till olika aktörer inom postsektorn. Personalen ska inte bara ta hänsyn till A- och B-post utan ska också behöva ta hänsyn till vilken leverantör som kan dela ut försändelsen på en viss ort eller viss specifik del inom viss ort. Att ställa krav på geografisk täckning för hela landet är fullt rimligt och helt i linje med de grundläggande principerna.

Fördelningen mellan intern och extern post för en kommun är ca 70/30. Det är således en icke oväsentlig del som går utanför en kommuns gränser. Leverantörers täckningsgrad är således väsentlig. Kommunförbundet har beaktat marknadssituationen när valet av områdesindelning gjorts. Emellertid vare sig kan eller ska kommunförbundet lastas för att marknaden ser ut på ett givet sätt. Vidare utgör områdesindelningen i sig inte något hinder

för någon aktör att delta. Deltagande kan i och för sig kräva samarbete mellan aktörerna, men detta är inte något ovanligt. Genom att göra den områdesindelning som skett så utnyttjar kommunförbundet den konkurrens som verkligen existerar. För område 2 och 3 finns en verklig marknad och det kan konstateras att konkurrensen existerar.

I aktuellt fall är närmast samtliga delområden underutvecklade marknader. Kommunförbundet har konstaterat att en uppdelning helt och hållet på marknadens villkor, dvs. med utgångspunkt i vad tänkbara aktörer skulle kunna erbjuda, skulle innebära att man fick ta bort synnerligen grundläggande krav. Det skulle innebära att man begränsade utdelningskraven till att enbart omfatta kommunens egna invånare eller till och med enbart vissa områden i kommunen samt att man inte skulle kunna kräva utdelning dagen efter utskicket. Eftersom Postens prissättning är öppen innebär det att priserna i upphandlingen för de attraktiva tjänsterna endast kommer att pressas marginellt. Detta ska då ställas mot den ökade arbetsbörda och administrativa hantering som en så diversifierad tjänst skulle innebära. Vidare innebär inte metodiken några som helst garantier för att marknaden totalt sett förbättras.

Avseende delområde 2 har den uppdelning som gjorts i upphandlingen möjliggjort erhållande av volymrabatter. Det faktiska utfallet är således det direkt motsatta i förhållande till vad Citymail påstår. När det gäller kravet att utdelning ska ske valfri vardag är detta sakligt motiverat. Den allra största delen av aktuell typ av massinformation skickas ut vid helger och i anslutning till avlöningstillfällen eller andra utbetalningar. De upphandlande myndigheternas information är i flertalet fall väsentlig samhällsinformation. Det är därför viktigt att kunna styra när denna information ska nå mottagarna så att den inte "drunknar" och enbart är en i mängden av all form av massinformation som delas ut.

De upphandlande myndigheternas behov såsom de kommer till uttryck i denna upphandling är rimliga och proportionerliga. Det finns inga hinder för aktörerna på marknaden att samverka för att avge ett anbud som täcker samtliga avsnitt i delområde 1. Det kan i sig vara så att anbudsgivningen för delområde 1 kan vara svårt. Det kan t.ex. kräva investeringar eller samarbete med utländska aktörer och förmå dessa att etablera sig i Sverige. Detta är emellertid inte detsamma som att områdesindelningen skulle vara i strid med gällande rätt. Vidare gäller att om enskilda upphandlingar gjorts för olika delavsnitt i område 1 så hade likväl samarbete mellan olika aktörer krävts, den eventuella svårigheten att lämna anbud ligger inte i kravet som sådant utan att marknaden rent faktiskt inte existerar. Detta är ett givet faktum, men att förändra eller ta bort detta faktum är inte de upphandlande myndigheternas uppgift. Genom att sätta press på aktörerna att samarbeta för att erbjuda tjänster som kunderna efterfrågar så utvecklas marknaderna.

För att Citymail ska kunna vinna bifall till sin talan krävs att bolaget förutom att styrka brott mot LOU även styrker att man i vart fall lidit risk för skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upplägget av upphandlingen skulle anses vara i strid med gällande rätt är detta i sig inte liktydigt med att Citymail ska ha ansets lidit risk för skada. Först om de villkor under vilka Citymail skulle kunna delta och ha utsikt att erhålla kontrakt är rimliga och sakligt relevanta kan en risk för skada föreligga. Om förutsättningarna är rimliga ska bedömas inte enbart utifrån Citymails egna förutsättningar och behov utan även utifrån de upphandlande myndigheternas behov och vilka konsekvenser ett upplägg på Citymails villkor skulle innebära för dem. En anpassning av villkoren på ett sätt som skulle göra det möjligt för Citymail att offerera tjänster utifrån deras egna förutsättningar skulle medföra helt orimliga villkor i upphandlingen. Det vore inte proportionerligt att kräva att köparen anpassar sig på det sättet till en aktör med bortseende från sina egna sakliga behov och de arbetsmässiga konsekvenserna, med ökad arbetsbörda och ökade kostnader, som följd av en sådan



anpassning. Om utgångspunkten för bedömningen är Citymails egna uppgifter ifråga om vad man kan leverera skulle en sådan anpassning av villkoren vara i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Således föreligger ingen risk för skada för Citymail.

#### **Förvaltningsrättens tidigare beslut i målet**

Förvaltningsrätten har den 22 juni 2010 beslutat att upphandlingen, såvitt avser delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information", inte får avslutas innan något annat har beslutats.

#### **DOMSKÄL**

##### **Relevanta bestämmelser**

En upphandlande myndighet 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

### Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten 1.3. "Helt eller delat anbud" bl.a. följande.

"Anbud kan lämnas på en eller flera delar/upphandlingsområde. Inom delarna/upphandlingsområdena är uppdragen inte delbara".

I punkten 3.1. "Upphandlingens efterfrågade tjänster" föreskrivs bl.a. följande.

"Upphandlingen består av följande upphandlingsområden/tjänster:

#### Område 1: Porto

- Daglig post, adresserat, med leverans dagen efter.
- Daglig post, adresserat, med leverans inom 3 dagar.
- Massutskick, adresserat, leverans dagen efter.
- Massutskick, adresserat, med leverans inom 3 dagar.
- Svarspost.
- Försändelser utrikes.
- Paketdistribution, in- och utrikes "dörr till dörr" inom och utom EU.
- Frankostämpling, upphandlande myndighet har egen frankeringsmaskin.

#### Område 2: Offentlig information

- Oadresserade utskick till hushåll och företag".

I punkten 3.5. "Område 2 Offentlig information" föreskrivs bl.a. följande.

"Utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval oaktat huruvida mottagaren har abonnemang och/eller val av "ej reklam" förekommer eller ej.

### Förvaltningsrättens bedömning

Av den grundläggande EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste därmed ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Vid uppställande av kravet måste det därför tydligt framgå varför kravet är nödvändigt för att uppnå syftet med den aktuella upphandlingen. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser olika posttjänster samt att de anbud med lägst pris som lämnats för de olika områdena, bl.a. område 1 "Porto" och område 2 "Offentlig information", kommer att tilldelas kontrakten. Huvudsyftet med upphandlingen får enligt rättsens mening därför anses vara att upphandla diverse posttjänster till lägsta möjliga pris.

Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att anbud kan lämnas på ett eller flera upphandlingsområden. Inom upphandlingsområdena är uppdragen dock inte delbara. För att uppfylla aktuellt skall-krav för område 1 "Porto" måste en anbudsgivare således lämna anbud på samtliga åtta delområden. Ett sådant ställt krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses proportionerligt i förhållande till syftet med upphandling. Det behöver inte vara en och samma leverantör till alla åtta delområdena för att syftet, att köpa posttjänster till lägsta möjliga pris, ska vara uppfyllt. Behovet kan fyllas av flera olika leverantörer för de olika delområdena. Vad kommunförbundet har anfört i målet om de upphandlande myndigheternas behov av en fullservicetjänst, samordningsvinster och arbetsbesparing för personalen

på de upphandlande myndigheterna visar inte heller att det uppställda skall-kravet är nödvändigt för att uppnå det med upphandlingen eftersträvade syftet.

Avseende område 2 "Offentlig information" framgår det av förfrågningsunderlaget att utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval. Enligt förvaltningsrättens mening får det förutsättas att i vart fall en del av den offentliga informationen som ska skickas ut utgörs av väsentlig samhällsinformation. Det kan därför vara av stor vikt för de upphandlande myndigheterna att kunna styra när de vill att informationen ska komma mottagarna tillhanda. Likaså om det rör sig om information som är akut och måste skickas ut utan dröjsmål. Kravet får med hänsyn till detta anses proportionerligt och nödvändigt för att uppnå syftet med den aktuella tjänsten.

Så som förfrågningsunderlaget är utformat måste en leverantör ha full geografisk täckning i alla kommuner i Skåne för att kunna lämna anbud på område 2 "Offentlig information". Ett sådant krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses proportionerligt i förhållande till syftet med det som upphandlas. Det behöver inte vara en och samma leverantör till alla kommuner för att syftet, att köpa utdelning av offentlig information till lägsta möjliga pris, ska vara uppfyllt. Behovet kan lika väl fyllas av flera olika leverantörer för de olika kommunerna. På så vis tillvaratas kravet på största möjliga konkurrens utan att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen begränsas till mer än vad som är nödvändigt. Vad kommunförbundet har anfört om volymrabatter visar inte heller att det uppställda skall-kravet är nödvändigt för att uppnå det med upphandlingen eftersträvade syftet.

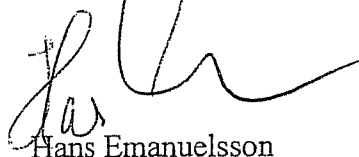
### Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att kravet att en anbudsgivare måste lämna anbud på samtliga åtta delområden inom upphandlingsområde 1 "Porto" strider mot LOU samt den grundläggande proportionalitetsprincipen. Rätten anser att kravet för upphandlingsområde 2 "Offentlig information" att utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval inte strider mot LOU eller de grundläggande principerna. Förvaltningsrätten finner dock att kravet för upphandlingsområde 2 "Offentlig information" att leverantören skall ha geografisk täckning för alla kommuner i Skåne strider mot LOU samt den grundläggande proportionalitetsprincipen. Det kan inte uteslutas att Citymail har lidit eller riskerar att lida skada på grund av kommunförbundets åsidosättande av proportionalitetsprincipen i förevarande fall. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

### Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 22 juni 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Hans Emanuelsson

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.