



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2012-04-17
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
360-12 E
Enhetschef 2

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm

Ombud: Johan Bui-Quy
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

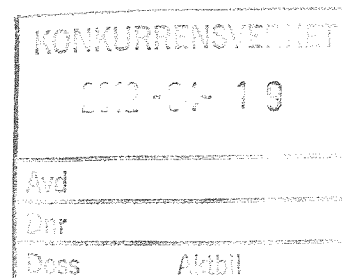
MOTPART

Borås Elnät AB, 556527-5582
Box 1714
501 17 Borås

Ombud: Rosangela Hansen
Borås stad
Stadskansliet
501 80 Borås

SAKEN

Upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF



DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Borås Elnät AB (Elnät) genomför en upphandling, förhandlat förfarande, benämnd 2011.004 150: Projektleveranser/Förrådsleveranser av elverksmateriel. Elnät har förkastat Ahlsell Sverige AB:s (Ahlsell) intresseanmälan att få delta i upphandlingen och Ahlsell har ansökt om överprövning. Elnät motiverade sitt beslut med att ska-krav enligt punkt 2.4. i förfrågningsunderlaget inte uppfyllts.

Dok.Id 66095

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

Av **förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Upphandlingen omfattar "Projektleveranser/Förrådsleveranser av elverksmateriel" för nätbyggnation, transformatorer och passiv optomateriel. Vid större driftstörningar har Elnät behov av extraordinära insatser av leveranser vid såväl ordinarie arbetstid som under lördagar, söndagar och helgdagar året runt och under 24 timmar om dygnet genom att leverantören på kort varsel kan öppna sina förråd för omgående leverans av materiel som är Elnät tillhanda inom maximalt sex timmar efter beställning utförts (p. 1.1.). Den samlade volymen beräknas till ca 12 miljoner SEK/år. Prognos grundar sig på köp gjorda under perioden 200907 – 201006. Elnät förbehåller sig rätten att ändra eller utesluta delar av efterfrågade leveranser. Upphandlingen avser att säkra tillgång av förråds- och projektleveranser av elverksmateriel under perioden genom projektleveranser av elverksmaterial med specifika krav och kommersiella villkor (p. 1.3.). Upphandlingen är indelad i tre faser:

1. Anbudsansökan
2. Anbud
3. Utvärdering/förhandling

I fas 1) ska intresseanmälan att få delta i upphandlingen lämnas, varvid anbudssökande ska visa att de krav som ställs på anbudsgivare uppfylls (1.6. – 1.7.). Dessa krav innefattar ett krav på att säljaren ska ha erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren. Detta ska styrkas med tre referenser från kommunala elnätsbolag eller andra större privata kunder. Referensuppdragen ska vara utförda under åren 2009, 2010 och/eller 2011. Samtliga referenser ska kunna rekommendera leverantören. Referenserna ska anges med uppgifter om företag, kontaktperson, telefonnummer och e-postadress (2.4.).

YRKANDEN M.M.

Ahlsell yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett, varvid Ahlsells intresseanmälan ska anses

uppfylla ställda krav med följd att Ahlsell ska erhålla förfrågningsunderlaget och inbjudas att lämna anbud. För det fall rättelse inte anses möjlig alternativt för det fall rätten anser att skäl för rättelse inte föreligger yrkar Ahlsell att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Ahlsell anför bl.a. följande.

Skäl för rättelse

Av Elnäts beslut i förening med kompletterande upplysningar som inhämtats via e-post framgår att de referensuppdrag som Ahlsell redovisat inte är jämförbara med det uppdrag som är föremål för upphandling i fråga om kontraktvärde. Förfrågningsunderlaget är dock otydligt ifråga om vilka krav som ställs på de referensuppdrag som respektive sökande åberopar. Enligt Ahlsells mening ska kravet i punkt 2.4. förstås så att anbudssökande ska kunna redovisa uppdrag som beträffande kundtyp, produkttyper och produktbredd liknar det uppdrag som upphandlas. Punkten 1.3 bör betraktas som en fingervisning om Elnäts behov under avtalstiden och därigenom en vägledning för leverantörerna vid anbudsarbetet. I den typ av upphandling som Elnät genomför har kontraktvärdet i tidigare uppdrag mindre betydelse för bedömningen av anbudssökandes duglighet. Det är den upphandlande enhetens behov som styr kontraktvärdet och grossisterna beställer i sin tur och fyller på sina lager utifrån detta. Ett uppdrag med högre kontraktvärde ställer inte högre krav på en anbudsgivare än ett mindre. De av Ahlsell angivna referensuppdragen motsvarar det nu upphandlade uppdragets komplexitet och omfattningen. Kravet på erfarenhet av liknande uppdrag enligt punkt 2.4. bör därför anses uppfyllt. Ahlsell har genom sina beskrivningar/svar under punkterna 2.3. och 2.4. visat att bolaget har kapacitet att klara av uppdraget som upphandlas.

Skäl för att upphandlingen ska göras om

Som tidigare anförts är förfrågningsunderlaget otydligt ifråga om vilka krav som ställs på åberopade referensuppdrag. Det har inte tydligt angivits

att ett visst minsta kontraktsvärde krävs. Branscherfarenhet talar snarare för motsatt tolkning. Om Elnät hade angivit fasta krav på minsta kontraktsvärde hade Ahlsell kunnat redovisa andra uppdrag än de som nu upptogs i intresseanmälan. Vidare är Elnäts krav på minsta kontraktsvärde både irrelevant och konkurrensbegränsande. Kravet kan komma att medföra att leverantörer som levererat endast en del av de produkter som omfattas av upphandlingen till höga kontraktsvärden, men som samtidigt saknar tillräckliga kunskaper för samtliga produkter och tjänster godkänns.

Elnät anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Punkten 1.3. i förfrågningsunderlaget har rubriken omfattning och där anges beräknad volym uttryckt i SEK/år. Kvalificeringskravet i punkt 2.4. ska förstås med beaktande härav. Ahlsells har redovisat uppdrag med väsentligt lägre kontraktsvärden och har därför inte ansetts uppfylla kravet. Kravet på minsta kontraktsvärde på tolv MSEK/år är tillräckligt tydligt och står inte heller i strid med de grundläggande principerna om proportionalitet och transparens. För att Elnät ska kunna uppfylla sitt koncessionsåtagande måste det ha en leverantör av materiel som klarar av att leverera till bolaget i alla situationer som bolaget kan hamna i. Kravet på lägsta kontraktsvärde är baserat på tidigare års inköp av materiel. Detta krav har varit nödvändigt för att uppnå syftet med att säkerställa leveranser.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

I 11 kap. 9 § LUF anges att en upphandlande enhet vid selektivt eller förhandlat förfarande ska välja ut eller utesluta leverantörer enligt de kriterier

och grunder som enheten angett och gjort tillgängliga för berörda leverantörer.

Av 16 kap. 4 § LUF framgår följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör

I 16 kap. 6 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Punkt 2.3. i förfrågningsunderlaget har rubriken Teknisk förmåga och kapacitet. Där anges som fråga att besvaras av Elnät följande. Har leverantören teknisk förmåga och kapacitet att åta sig uppdraget (Ja/Nej svar). Punkt 2.4. i förfrågningsunderlaget har rubriken Erfarenhet från tidigare utförda uppdrag. Där anges som fråga att besvaras av Elnät följande. Rekommenderar referenterna leverantören? (Ja/Nej svar). I dessa delar har Ahlsell bl.a. angivit följande. Ahlsell har varit verksamma i över 130 år och är Sveriges ledande handelsföretag inom områdena el, VA/VVS, kyl, bygg, verktyg och maskiner. Koncernen har en årlig omsättning på ca 23 miljarder SEK, varav cirka 11 miljarder SEK i Sverige. Koncernen har ca 5 500 medarbetare, varav cirka 2 800 i Sverige. Bolagets säljare finns på cirka 250 platser, varav drygt 90 i Sverige. Ahlsell har ett komplett sortiment inom efterfrågade varugrupper. Bolaget har centrallager på strategiska platser i nordnorden och kan genom direktleverans från lagren garantera att kunden får sina varor i rätt tid. Butiker finns över hela landet och sortimentet an-

passas efter kundernas lokala behov. Så gott som samtliga frekvent efterfrågade artiklar kan därför även avhämtas i butiken samma dag. Som referenser har angivits Ulricehamns Energi, Alingsås Energi AB och Trelleborgs kommun.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Detsamma gäller enligt förvaltningsrättens mening även i mål om ingripande enligt LUF.

För att ett kvalificeringskrav ska kunna ligga till grund för uteslutande måste det vara så pass tydligt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudssökande kan tolka det på samma sätt. I punkt 2.4. ställs krav på att anbudssökanden ska ha erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning. Vad som krävs för att kravet ska anses uppfyllt beskrivs inte närmare i punkt 2.4. Som krav anges endast att fullständiga kontaktuppgifter ska anges och att referenten ska kunna rekommendera den anbudssökande. Det ställs således inte krav på att anbudssökanden ska redovisa uppgift om omfattning vid angivande av referenser. Det finns inte heller någon hänvisning till punkt 1.3. eller någon annan punkt i förfrågningsunderlaget för information om vad som avses med tidigare uppdrag av liknande art och omfattning. Den utvärderingsfråga som anges i slutet av punkt 2.4. ger inte heller uttryck för ett fast krav på minsta kontraktsvärde. Begreppet omfattning kan i sig förstås på olika sätt, t.ex. antal eller värde. Mot bakgrund av det sagda finner förvaltningsrätten att kravet i punkt 2.4. inte varit så pass tydligt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudssökande kan tolka det på samma sätt. Därmed uppfylls

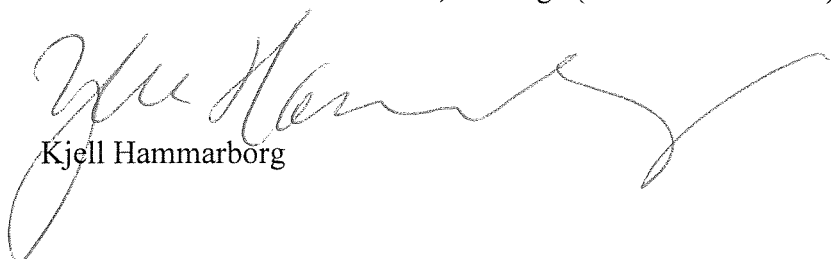
inte kraven enligt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF, i vilken principen om transparens eller öppenhet ingår.

I den del kravet på erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning i punkt 2.4. innebär att anbudssökanden ska ha erfarenhet av uppdrag av motsvarande karaktär är kravet relevant och därför godtagbart. I den del kravet innebär att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av uppdrag av motsvarande volym, i meningen omfattning enligt den tolkning som Elnät gör gällande, uppfylls inte kraven som följer av proportionalitetsprincipen i 1 kap. 24 § LUF.

Skaderekvisitet och ingripande med stöd av LUF

Elnät har brutit mot LUF genom att ställa upp ett krav i förfrågningsunderlagets punkt 2.4. som inte uppfyller de krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Uppställandet av kravet har påverkat Ahlsells chanser att tilldelas kontrakt i upphandlingen negativt, varför Ahlsell lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas finns det inte skäl för mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen ska göras om.

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


Kjell Hammarborg

