



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-04-28
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
321-15
373-15

KONKURRENSVERKET	
2015-04-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Rexel Sverige AB, 556062-0220
Box 103
125 23 Älvsjö

Ombud: Advokaterna Ulf Käll och Anna Hofling Johansson
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPARTER

Mål nr 321-15

1. Nässjö Affärsverk AB, 556038-7044
Tullgatan 2
571 80 Nässjö

2. Nässjö Affärsverk Elnät AB, 556526-1459
571 80 Nässjö

3. Sävsjö Energi AB, 556190-5802
Box 172
576 36 Sävsjö

4. Tranås Energi AB, 556332-7955
Box 386
573 24 Tranås

5. Vetlanda Elnät AB, 556819-4749
Box 154
574 22 Vetlanda

Mål nr 373-15

6. Vimmerby Energi och Miljö AB, 556189-4352
Förrådsgatan 2
598 40 Vimmerby

Ombud för 2-6: Verkställande direktören Greger Phalén
Nässjö Affärsverk AB
Tullgatan 2
571 80 Nässjö

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling

Dok.Id 160649

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

inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Rexel Sverige AB:s anbud inte ska förkastas med hänvisning till bristande uppfyllelse av de obligatoriska kraven i punkten 3.1.5 i förfrågningsunderlaget.

BAKGRUND

De som motparter benämnda kommunala bolagen (fortsättningsvis gemensamt benämnda kommunerna) är upphandlande enheter för en upphandling som genomförs av Nässjö Affärsverk AB tillsammans med och på uppdrag av medlemmar ur NSE-gruppen (Norra Smålands Energi AB, förvaltningsrättens anm.). Upphandlingen handläggs med tillämpning av reglerna för öppet förfarande och benämns Elmateriel (refnr: 3.3.2 14-284). Genom tilldelningsbeslut den 15 januari 2015 har andra leverantörer än Rexel Sverige AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats. Bolaget har nu ansökt om överprövning.

Av **förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser ramavtal för leverans av elmateriel inklusive kabel. Kommunerna har för avsikt att anta tre leverantörer. Vid avrop till ett värde upp till och med 250 000 kr exklusive mervärdesskatt kommer tilldelning att ske enligt rangordning. Vid avrop till värde som överstiger 250 000 kr exklusive mervärdesskatt kommer förnyad konkurrensutsättning att tillämpas. Därvid kommer de tre rangordnade leverantörerna att tillfrågas och tilldelningsgrunden kommer då att vara lägsta pris. Avsedd avtalsperiod är två år med möjlighet till två års förlängning (två förlängningar à ett år styck). Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris.

Under punkten 3.1.5, benämnd Kundservice, beställning, leverans och tillgänglighet, anges bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha en kundservice/support mellan kl. 8–16 vardagar per telefon och e-post. Kundservice/support ska även kunna ge information och råd kring enskilda produkter samt produktsortiment. Anbudsgivaren ska ha en webbutik där avrop och beställningar kan göras. Avrop och beställningar ska även kunna göras via telefon och e-post. Vid beställning vardag före klockan 18.00 ska leverans av lagerförda produkter ske senast nästföljande vardag klockan 12.00. Leverans ska ske mellan kl. 07.30 och kl. 16.00. Leveranstiden för beställningsvaror/anskaffningsvaror är enligt överenskommelse. Vid akuta behov ska leverans ske omgående efter beställning eller enligt överenskommelse. Anbudsgivaren ska ha en kostnadsfri jourtjänst som innebär att upphandlande enheter kan avropa elmateriel och kabel för akut leverans från centralt lager i Sverige på icke ordinarie arbetstid. Denna tjänst är tillgänglig via ett journummer dygnet runt, alla årets dagar. Som bevis ska anbudsgivaren beskriva sina beställningsrutiner, leveranstider, support, öppettider och jourverksamhet i anbudet.

Anbudsgivaren uppfyller krav angående kundservice, beställning, leverans och tillgänglighet enligt ovan (Ja/Nej svar)

Svar:

*Anbudsgivaren bifogar efterfrågade bevis enligt ovan?
(Ja/Nej svar)*

Svar:

Av **tilldelningsbeslutet** med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fyra leverantörer har lämnat anbud. Tre anbud har ansetts kvalificerade och antagits i angiven rangordning. Bolagets anbud har förkastats eftersom det inte ansetts uppfylla förfrågningsunderlagets krav avseende kundservice m.m. (se ovan, förvaltningsrättens anm.) vad gäller beställningstid. Kravet är att vid beställning före kl. 18.00 ska leverans ske nästföljande

vardag. I bolagets anbud är angivet att leverans fås följande vardag vid beställning innan kl. 17.30.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom en ny utvärdering, varvid bolagets anbud ska prövas i sak. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Dess anbud skulle rätteligen inte ha förkastats. Genom att svara Ja på frågan om anbudsgivaren uppfyller krav angående kundservice, beställning, leverans och tillgänglighet i anbudsformuläret har bolaget uppfyllt det obligatoriska kravet och dessutom lämnat ett åtagande som blir avtalsinnehåll om bolagets anbud antas. I och med avlämnat svar åligger det bolaget att tillhandahålla möjlighet till beställning fram till kl. 18.00 med leverans nästföljande dag, vilket bolaget givetvis också kommer att göra. Uppgiften om beställning senast kl. 17.30 förekommer i en till anbudet bilagd företagspresentation och är en standardskrivning avseende beställning i webbshopen. Denna tidpunkt äger inte tillämplighet för kommunerna, vilket bolaget också angett i sitt anbud genom det ovan nämnda svaret.

Vid bedömningen bör beaktas att det aktuella kravet avser ett förhållanden i framtiden, dvs. i egentlig mening ett fullgörandevillkor. Kommunerna har begärt ett bevis i form av en beskrivning av beställningsrutiner m.m. En sådan beskrivning kan inte anses utgöra bevis i egentlig mening eftersom

det inte är möjligt att bevisa något som ännu inte har inträffat. De beskrivande dokument som anbudsgivarna gett in kan därför inte anses vara bevis för någonting i juridisk mening. Vad som däremot är av avgörande juridisk relevans är den utfästelse som leverantörerna ålagts att lämna om att det obligatoriska kravet kommer att uppfyllas. Det är också svårt att se att något annat än en dylik utfästelse kan utgöra en bekräftelse på att kravet uppfylls. Genom att svara Ja i anbudsförslaget måste bolaget alltså per definition anses uppfylla kravet.

Under alla förhållanden är det en oproportionerlig konsekvens av påstådda brister att bolagets anbud förkastas. En påstådd icke-uppfyllelse av ett fullgörandevillkor avseende tidpunkt för beställning under avtalstiden medför samma konsekvens som t.ex. en anbudsgivares inblandning i ekonomiska oegentligheter eller om offererade produkter inte uppfyller lagstadgade krav. Det finns andra mindre ingripande åtgärder att tillgå för att uppfylla samma syfte, t.ex. att införa och tillämpa kontraktsvillkor med samma innebörd och möjligheter till avtalsrättsliga remedier.

Bolaget har lämnat det anbud som innehåller det lägsta anbudspriset. Om anbudet inte felaktigt skulle ha förkastats skulle bolaget ha tilldelats ramavtal med högsta rangordning. Därmed har bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening med anledning av kommunernas felaktiga agerande. Grund för ingripande enligt lagen finns därmed.

Kommunerna

Den företagspresentation bolaget lämnat som bilaga till sitt anbud hänvisar genom sitt namn och sitt innehåll specifikt till samtliga upphandlande enheter, i förfrågningsunderlaget beskrivna som medlemmar i NSE-gruppen, och lämnar därmed inte utrymme för annan tolkning än att innehållet avser anbud till medlemmar i NSE-gruppen och därmed specifikt den nu aktuella upphandlingen. Informationen i bolagets anbud är tydlig, exakt och riktad

till upphandlande enheter och kan inte ses som en standardskrivning avseende information om beställningstider. Företagspresentationen är ett inskickat bevis som visar att bolaget inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Kommunerna har därmed haft grund för att förkasta bolagets anbud.

Det faktum att bolaget svarat Ja i anbudsformuläret innebär inte i sig att kravet är uppfyllt. Kommunerna har valt att ställa obligatoriskt krav på att bevis i form av en beskrivning av beställningsrutiner, leveranstider, support, öppettider och jourverksamhet ska bifogas anbudet. Syftet med kravet var att säkerställa att ställda krav uppfylls. Det enda dokument som bifogats av bolaget och som innehåller efterfrågad beskrivning är den ovan nämnda företagspresentationen. Kommunerna har vid anbudsprövningen inte kunnat lägga andra uppgifter till grund för bedömningen än de som leverantören anger i de anbudshandlingar som bifogas anbudet. Ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Kravet om beställnings- och leveranstidpunkt är inte ett fullgörandevillkor, utan torde kunna likställas med krav på erfarenhet och kvalitets- och miljöarbete. I många fall kan en leverantör inte ändra sista tid för beställning för en kunds räkning. Kravet är en lämplig, ändamålsenlig och nödvändig åtgärd för att säkerställa verksamhetens samhällskritiska funktion.

Att ett anbud förkastas av den anledningen att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kan aldrig vara oproportionerligt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och däri gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vad som ovan uttalats avseende LOU och upphandlande myndigheter gäller enligt förvaltningsrättens mening även avseende LUF och upphandlande enheter.

Utredning

Bolaget har besvarat relevanta frågor i förfrågningsunderlagets punkt 3.1.5 med Ja enligt nedan.

Anbudsgivaren uppfyller krav angående kundservice, beställning, leverans och tillgänglighet enligt ovan? (Ja/Nej svar)

Svar: Ja

Anbudsgivaren bifogar efterfrågade bevis enligt ovan? (Ja/Nej svar)

Svar: Ja

Till sitt anbud har bolaget bifogat en bilaga benämnd Rexel i Sverige AB – Företagspresentation – Upphandling av EI-materiel NSE. Bilagan är indelad i tre huvudavsnitt: 1. Rexel i världen, 2. Rexel i Sverige och 3. Organisation för NSE (Elnät/Infrastruktur). Därvid anges på sista sidan bl.a. följande:

Butik: Våra butiker har öppet vardagar mellan 07.00 och 16.30.

Webbshop: På www.selga.se har du åtkomst till information om artiklar och möjlighet att beställa varor dygnet runt. Gör du din beställning innan 17.30 får du din leverans följande vardag.

Telefon: Vi finns tillgängliga för support och orderläggning mellan 07.00 och 16.30.

Besök: Boka besök med en av våra kunniga utesäljare. Tillsammans skapar vi nya affärer.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är fel-

aktig 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).

Vad som ovan uttalats avseende LOU gäller enligt förvaltningsrättens mening även avseende LUF.

De utvärderingsfrågor som leverantörerna haft att besvara och kommunerna att pröva kan inte anses hänförliga till kommunernas kontroll av anbudsgivarnas lämplighet som ska ske utifrån kriterier för kvalitativt urval (kriterier avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet). Det är istället upphandlingsvillkor som en leverantör måste acceptera för att kunna tilldelas kontrakt. Brister i fråga om sådana villkor kan endast läggas till grund för uteslutning av en leverantör om leverantören reserverat sig mot dem eller på annat sätt inte godtagit dem.

Bolaget har i sitt anbud uttryckligen godtagit de av kommunerna uppställda villkoren. Frågan är om bolaget trots detta har reserverat sig mot eller inte godtagit villkoren genom de uppgifter som lämnats i den bilagerade företagspresentationen.

Det lämnade svaret i anbudsformuläret innefattar ett specifikt åtagande medan företagspresentationen i huvudsak är en allmän redogörelse för bolagets verksamhet i olika avseenden. Uppgifterna i anbudsformuläret får därför ges försteg och vad som angivits i företagspresentationen är, enligt förvaltningsrättens bedömning, således inte tillräckligt för att anse att bolaget skulle ha reserverat sig mot eller på annat sätt inte godtagit de av kommunen uppställda upphandlingsvillkoren. Bolagets anbud har alltså förkastats felaktigt.

Kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. Detta kan ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel. Bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Eftersom felet i upphandlingen inte är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd. Rättelsen ska bestå i en ny anbudsprövning, varvid bolagets anbud inte ska förkastas med hänvisning till bristande uppfyllelse av de obligatoriska kraven i punkten 3.1.5 i förfrågningsunderlaget.

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

Hans-Olof Hallbäck

Cecilia Sjöstrand

Föredragande har varit Ulf Nordberg.



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 nå 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.