



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-11-20
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
3576-12 E

SÖKANDE

Alcadon AB, 556480-4341
Olov Asklundsgata 9
421 30 Västra Frölunda

MOTPART

Årjängs kommun
Box 906
672 29 Årjäng

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-11-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i den del som avser materialgrupp 2.

Dok.Id 72210

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Årjängs Nät AB genomför en offentlig upphandling av material till bredbandsutbyggnad. Upphandlingen omfattar tre materialgrupper; optorör, kabelskåp och fiberkabel. Anbud kunde lämnas på en eller flera materialgrupper, vilket innebar att varje materialgrupp utvärderades för sig. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande. Beträffande materialgrupp 2, kabelskåp, har anbudet från Solar Sverige AB antagits. Årjängs Nät kommenterar i beslutet Alcadon AB:s anbud enligt följande: "Anbud 11 förkastas i materialgrupp 2 på grund av referenser med ej likvärdigt behov". I de administrativa föreskrifterna föreskrevs under punkten A6 att anbudsgivare skulle ange referenser på minst två kunder med likartat behov.

YRKANDEN M.M.

Alcadon AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen rättas och att Alcadon AB ska antas som leverantör inom materialgrupp 2. Som släl för sin talan anför Alcadon AB bland annat följande. Alcadon AB har lämnat anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget på samtliga tre materialgrupper. Av tilldelningsbeslutet framgår att Alcadon AB:s anbud har lägst pris i materialgrupp 2. Alcadon AB har lämnat Arvika Stadsnät AB och Karlstads Stadsnät AB som referenser. Dessa är kommunala bolag i Värmland, som bygger fiberoptiska nät och använder optorör, skåp och fiberkabel som Alcadon AB levererar. I och med dessa uppenbara likheter i verksamhet och materialbehov motsvarar de två referenserna mer än väl de ställda kraven på referenser med likartat behov. När Alcadon AB via e-post ställde sig frågande till tilldelningsbeslutet svarade Årjängs Nät AB att Arvika Stadsnät AB hade gett beskedet att de inte använde kabelskåp över huvud taget. Påståendet är direkt felaktigt. Arvika Stadsnät AB har köpt både optorör, skåp och fiberkabel av Alcadon AB, vilket kan styrkas genom följesedlar och fakturakopior. Vidare uppgav Årjängs Nät AB att Karlstads Stadsnät AB hade uppgett att bolaget använder skåp, men inte

det som är offererat. Påståendet är korrekt. Dock antyder Årjängs Nät AB i sitt svar att de eftersöker referenser på en specifik produkt. Att lämna referens på en specifik produkt är dock inget krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Därmed står det klart att Årjängs Nät AB bryter mot en av grundprinciperna inom LOU, principen om öppenhet. Inom principen om öppenhet anges bland annat att förfrågningsunderlaget ska vara förutsebart, klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga krav som ställs. Sammantaget medför dessa omständigheter att Alcadon AB riskerar att lida ekonomisk skada om upphandlingen fullföljs och avtal tecknas med annan anbudsgivare.

Årjängs Nät AB bestrider bifall till Alcadon AB:s ansökan och anför i yttrande bland annat följande. Det vitsordas att Alcadon har AB lämnat lägst pris för materialgrupp 2 och att anbudet hade varit bästa anbud om det hade uppfyllt de krav som ställdes. I de administrativa föreskrifterna föreskrivs under punkten A 6 att anbudsgivare ska ange referenser på minst två kunder med likartat behov. För materialgrupp 2 innebar det kunder till vilka skåp levererats. Under anbudsutvärderingen kontaktade Årjängs Nät de kommunala bolag som Alcadon AB hade hänvisat till. Vid Arvika Stadsnät AB uppgavs att bolaget över huvud taget inte använde kabelskåp och att bolaget följaktligen inte heller hade köpt några kabelskåp av Alcadon AB. Vid Karlstad Energi Stadsnät AB förklarade referenspersonen att bolaget använde skåp men inte sådana som Alcadon AB hade offererat till Årjängs Nät AB. Årjängs Nät AB har krävt att leverantören ska kunna hänvisa till referensleveranser till kunder med likartat behov. Skälet för detta var att kommunen önskade att materialet skulle vara beprövat, då post- och telestyrelsen kräver att nätet byggs enligt standarden robusta nät. Årjängs Nät AB har i och med överprövningen på nytt kontrollerat med referenserna och fått samma svar som tidigare. Alcadon AB har hänvisat till följesedlar och fakturakopior men inte fogat några sådana till sin ansökan. Vad därefter avser Alcadon AB:s påstående om krav på specifik pro-

dukt är det i och för sig korrekt att en upphandlande myndighet inte kan ställa krav på leverans av en viss vara eller produkt utan att det föreligger mycket speciella förutsättningar. Årjängs Nät AB har inte heller uppställt något sådant krav. Däremot har Årjängs Nät AB krävt att om en viss vara eller produkt offereras ska leverantören kunna uppvisa referensleveranser för den produkten. Ett sådant krav står inte i strid med LOU. Kravet är dessutom tydligt, rimligt och lika för alla. Inte någon av LOU:s grundläggande principer om likabehandling, proportionalitet och öppenhet har överträtts. Årjängs Nät AB vidhåller att det har varit förenligt med LOU att förkasta Alcadon AB:s anbud med hänvisning till att kravet på referenser inte har uppfyllts.

Alcadon AB bifogar kopior på tre följesedlar som styrker leverans av skåp till tidigare nämnda referenser och tillägger i yttrande bland annat följande. Årjängs Nät AB påstår att bolaget har uppställt krav på att ”om en viss produkt offereras ska leverantören kunna uppvisa referensleveranser för den produkten”. Detta krav finns inte i förfrågningsunderlaget. Underlaget ställer över huvud taget inga krav på referenser på enskilda produkter utan återigen endast på ”referenser på två kunder med likartat behov”. Alcadon AB levererade under år 2011 över 2 000 skåp till den svenska marknaden, så om det påstådda kravet hade funnits i förfrågningsunderlaget hade Alcadon AB givetvis bifogat referenser på den specifika produkten. Dessutom vill Alcadon AB belysa att man i underlaget efterfrågar referenser till tre produktgrupper, vilket ytterligare styrker uppfattningen hos anbudsgivare att det är generella referenser på leverantörer som efterfrågas och inte produktspecifika. Därmed vidhåller Alcadon AB att det står klart att Årjängs Nät AB bryter mot principen om öppenhet som bland annat anger att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga krav som ställs.

Årjängs Nät AB tillägger i yttrande bland annat följande. Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars principer (se bland annat Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12). Kammarrätten har anfört att detta grundar sig på att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Regeringsrätten har vidare i dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09 uttalat att när en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har de stor frihet. Kraven måste emellertid vara kopplade till det som ska upphandlas. Årjängs Nät har begärt att anbudsgivare ska ange referenser på minst två kunder med likartat behov. Behovet såvitt avser materialgrupp 2 är kabelskåp för utomhusbruk. Referenser innebär att dessa ska kunna uttala sig om den offererade produkten. Kravet på referenser kan inte förstås på annat sätt än att referenserna ska avse anbudsgivarens leveranser av kabelskåp för utomhusbruk och inte några generella referenser. Vad gäller Arvika Stadsnät så använder det bolaget över huvud taget inte kabelskåp för utomhusbruk utan skarvar sina kablar i brunnar. De skåp som Alcadon AB har hänvisat till i sitt yttrande avser skåp för inomhusbruk och inte skåp för utomhusbruk. Det kabelskåp som Alcadon AB har offererat är helt okänt för Årjängs Nät och någon hänvisning till två referenser som köpt den typen av kabelskåp har inte lämnats. Skall-kravet har således inte uppfyllts. Årjängs Nät AB beslut att förkasta anbudet har därmed varit förenligt med LOU.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska

rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

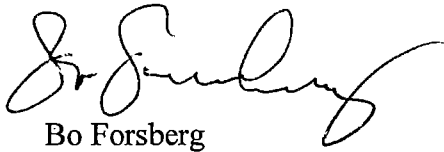
Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Det får anses klarlagt att de referenser som Alcadon AB har hänvisat till är kunder hos Alcadon AB även om de, åtminstone beträffande materialgrupp 2, inte har köpt exakt det skåp som Alcadon AB har offererat i nu aktuell upphandling. Årjängs Nät har, som skäl för att förkasta Alcadon AB:s anbud i materialgrupp 2, angett att kravet på att ange referenser med likvärdigt behov inte är uppfyllt av Alcadon AB. Under punkten A.6 i de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges beträffande referenstagning att anbudet skall innehålla referenser på minst två kunder med likartat behov. Innebörden av "likartat behov" framgår emellertid inte, varken av tilldelningsbeslutet eller av förfrågningsunderlaget. Alcadon AB har uppgett att bolaget valde referenser utifrån att dessa var kommunala bolag i Värmland, som bygger fiberoptiska nät och använder optorör, skåp och fiberkabel som Alcadon AB levererar. Alcadon AB ansåg i och med detta att de två referenserna mer än väl motsvarade de ställda kraven på referenser med likartat behov. Årjängs Nät AB har anfört att kravet på referenser inte kan förstås på annat sätt än att referenserna ska avse anbudsgivarens leveranser av kabelskåp för utomhusbruk och inte generella referenser. Årjängs Nät AB anser att en normalt insatt och informerad anbudsgivare inte rimligen kan ha missuppfattat vad som har avsetts. Enligt förvaltningsrättens mening är emellertid det nu tvistiga kravet så formulerat att det kan tolkas på det sätt som Alcadon AB har gjort. Förfrågningsunderlaget har

varit otydligt och det kan därför i den delen inte anses uppfylla kravet på öppenhet, förutsebarhet eller likabehandling. Det föreligger således en brist i förfrågningsunderlaget och Alcadon AB har därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Bristen är av sådant slag att upphandlingen beträffande materialgrupp 2 ska göras om.

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



Bo Forsberg

Målet har föredragits av Monica Krunegård



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU