



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Ann Bladh

DOM
2011-11-11
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4442-11 E
Domare 1:2

SÖKANDE

Vägbelysning i Sverige AB, 556537-6059
Linnés väg 61
191 35 Sollentuna

MOTPART

Tranemo kommun
Samhällsbyggnadsavdelningen
Tekniska enheten
514 80 Tranemo

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011-11-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Elbyrån Centrum AB.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 2 september 2011 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Tranemo kommun bjöd i juni 2011 in leverantörer att lämna anbud i en upphandling av belysning för fotbollsplan (konstgräs) i Tranemo samt option för att utföra likvärdigt arbete i Dalstorp. Upphandlingen var en förenklad upphandling enligt LOU. Efter att ha utvärderat fyra anbud meddelade Tranemo kommun i tilldelningsbeslut den 23 augusti 2011 att Elbyrån Centrum AB (Elbyrån) i Tranemo skulle antas som leverantör.

Efter att leverantören Vägbelysning i Sverige AB (Vägbelysning) hade begärt överprövning av upphandlingen förordnade förvaltningsrätten genom interimistiskt beslut den 2 september 2011 att Tranemo kommun inte får avsluta upphandlingen innan något annat har bestämts. Rätten fann grund för att meddela sådant beslut, då det genom utredning inte med säkerhet kunde sägas att överprövningen skulle göras med tillämpning av lagens lydelse från och med den 15 juli 2010, varvid avtalsspärr gäller enligt 16 kap. 6 § LOU.

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

Vägbelysning yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Tranemo kommun ska förkasta anbudet från Elbyrån och därefter utvärdera övriga anbud på nytt, varvid Vägbelysnings anbud ska antas eftersom detta är det näst lägsta anbudet. Bolaget anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget anger klart och tydligt under punkten AFB.31 att anbud ska vara uppställda och innehålla uppgifter enligt en till förfrågningsunderlaget bilagd handling benämnd "Anbudsformulär". Enligt anbudsformuläret ska en särskild anbudssumma anges för "Totalentreprenad Konstgräsplan Tranemo" och en särskild anbudssumma anges på option gällande "Totalentreprenad Konstgräsplan Dalstorp". Elbyrån, som tilldelats uppdraget, har underlåtit att lämna anbudssumma för optionen gällande Dalstorp och har trots detta tilldelats uppdraget gällande totalentreprenaden Tranemo. Anbudet gällande Tranemo och Dalstorp är för entreprenören odelbart och kommunen har förfarit felaktigt då den har godkänt ett anbud som inte har angett något pris på optionen. Genom att inte lämna ett optionspris har Elbyrån inte fått samma risksituation och därmed getts konkurrensfördelar i förhållande till Vägbelysning och övriga anbudsgivare. Det kan noteras att kontraktsarbetena gällande Tranemo ska vara färdigställda den 26 oktober 2011 medan arbetena i Dalstorp ska utföras med färdigställande den 30 maj 2012. Olika

överbryggnadskostnader för att hålla beredskap för att eventuellt utföra de arbeten som omfattas av optionen har måst behandlas i anbudssumman för Tranemo. Även på andra sätt är risksituationen olika om anbud lämnas med eller utan optionspris, eftersom entreprenören inte kan veta om beställaren kommer att utlösa optionen. Risken för att beställaren inte kommer att ta optionen i anspråk måste alltså behandlas och därmed tynga anbudssumman för Tranemo. Det är troligen riskskäl som har gjort att Elbyrån vägrat att lämna anbud på optionen och avslutningsvis angett att "Anbudet gäller endast konstgräsplan i Tranemo". Enligt förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkten AFB.33, har beställaren fram till den 1 december 2011 att bestämma om optionen ska utnyttjas eller inte. Vägbelysning, som har lämnat anbud på såväl totalentreprenaden Tranemo som på optionen gällande Dalstorp, har därmed gjort ett åtagande som är ungefär dubbelt så stort som det anbud som Elbyråns anbud omfattar. Inte förrän tiden efter optionen har gått ut skulle Vägbyråns anbud känna till den totala omfattningen av sitt åtagande. Dessa omständigheter har givetvis medfört att det inte har varit fråga om konkurrens på lika villkor. Eftersom Elbyrån har brutit mot ett viktigt ska-krav i sin anbudsgivning, borde Elbyråns anbud ha förkastats och inte tagits upp till prövning.

Vidare har kommunen angett i förfrågningsunderlaget att belysningen ska avse lampor av typen metallhalogen och har också föreslagit en typ av ett strålkastarfabrikat som är avsedd för metallhalogenlampor. Elbyrån har i sitt anbud angett en annan typ av strålkastare än den föreslagna. Denna strålkastare är en typ som inte är avsedd för metallhalogenlampor. Elbyrån har därför också erbjudit en annan typ av lampa – högtrycksnatrium – istället för metallhalogen. De två ljuskälletyperna metallhalogen och högtrycksnatrium har olika egenskaper såväl ljustekniskt som driftsekonomiskt, vilket innebär att avsteget från förfrågningsunderlaget är väsentligt. Av förfrågningsunderlaget framgår att produktinformation för master, belysningsberäkningar och strålkastare ska bifogas anbudet. Av produktinformationen gällande Elbyråns tekniska lösningar framgår att anbudet inte innefattar belysning av typ metallhalogen. I stället framgår att där redovi-

sad belysningsberäkning avser ”Gothia 1000W SON-T”. SON-T är beteckningen för tubformad högtrycksnatriumljuskälla. Elbyråns anbud borde därmed inte ha tagits upp till prövning utan skulle istället ha förkastats.

Vägbelysning har genom Tranemo kommuns handlingsätt i samband med upphandlingen inte blivit behandlat på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Kommunen har inte utnyttjat de konkurrensmöjligheter som skulle ha funnits om alla hade getts lika villkor. Upphandlingen har således genomförts i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU och har därmed också brutit mot den grundläggande principen om öppenhet i upphandlingen.

Vägbelysning har drabbats av skada eftersom Elbyrå, som har tilldelats uppdraget, skulle ha måst lämna ett högre pris om åtagandena enligt förfrågningsunderlaget hade prissatts. Vägbelysning skulle därmed ha kunnat tilldelas uppdraget.

Motpartens inställning

Tranemo kommun motsätter sig bifall till Vägbelysnings ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår att grunden för anbudsutvärderingen ska vara lägsta pris avseende anbudssumma. Det är i och för sig riktigt att det i anbudsformuläret fanns ett fält avseende prisuppgift för en tänkt option beträffande konstgräs i Dalstorp. Optionen skulle emellertid inte vara föremål för utvärdering. Vid anbudsutvärderingen har Elbyrå funnits ha lämnat anbudet med lägst pris.

Kammarrätten i Stockholm har i mål 5553-08 tagit ställning till ska-krav som på sätt och vis ansetts vara ovidkommande i upphandlingen. I målet hade en svensk kommun angett i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna skulle ange eventuella underleverantörer som var tänkta att användas i projektet. Skanska hade i sitt anbud beträffande ”el” angett att underleve-

rantör ännu inte hade utsetts. NCC begärde överprövning av upphandlingen bl.a. på grund av att informationen från Skanska inte överensstämde med det uppställda kravet i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten fann, bl.a. mot bakgrunden att kravet inte skulle utvärderas, att den av Skanska lämnade uppgiften fick anses uppfylla ställt krav. Detta avgörande har betydelse i det mål som förvaltningsrätten nu har att ta ställning till, eftersom inte heller optionspriset för Dalstorp skulle komma att utvärderas av Tranemo kommun. Det är viktigt att i sammanhanget också förtydliga att kommunen inte har kunnat begära ett förtydligande inom ramen för 15 kap. 12 § LOU, eftersom sådana förtydliganden endast får ta sikte på konkretisering av en sedan tidigare lämnad uppgift. Det förhållandet att det under punkten AFB.31 i de administrativa föreskrifterna anges att det bifogade anbudsformuläret skulle följas saknar i sammanhanget betydelse. Som jämförelse kan nämnas att det förekommer att upphandlande myndigheter anger i förfrågningsunderlaget att ”anbud ska inges på bifogat anbudsformulär”. Detta krav är också ett exempel på ett ovidkommande krav, eftersom en upphandlande myndighet inte kan förkasta ett anbud som inges på en annan typ av papper. Mot denna bakgrund har kommunen inte kunnat begära in ett förtydligande och inte heller kunnat förkasta Elbyråns anbud. Kommunen har således varit tvungen att acceptera Elbyråns anbud i det skick det befann sig. Anbudet har tagits upp till utvärdering och funnits ha haft lägst pris.

Det är riktigt att det i den tekniska beskrivningen anges att det ska vara belysning av typ metallhalogen. Elbyrån har inte offererat någon annan form av belysning än den som föreskrivits i förfrågningsunderlaget och Elbyråns anbud överensstämmer således fullt ut med förfrågningsunderlaget. Kommunens ombud i upphandlingen, PNN Ingenjörer AB, har härtill tillfrågat Elbyrån om dess anbud ska anses innehålla några reservationer, eftersom man inte förstod vad som tekniskt offererades i den kompletterande text som funnits i Elbyråns anbudsformulär. Elbyrån svarade att anbudet var fritt från reservationer och utformat helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Detta innebär att alldeles oavsett

vilka slutsatser en belysningstekniskt kunnig läsare kan dra av texten har Elbyrån på en uttrycklig fråga lämnat ett uttryckligt svar att reservationer inte fanns. Elbyrån är bundet av detta förtydligande.

Eftersom det vinnande anbudets innehåll efter förtydligande har varit fritt från reservationer, har alla anbudsgivare tävlat på samma villkor och en vinnare utsetts på sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Ingen anbudsgivare har förfördelats. Tranemo kommun har inte agerat i strid med LOU eller de unionsrättsligt grundläggande principerna. Vägbelysning har därmed inte lidit och kommer inte heller att lida skada. Bolagets yrkande kan därmed inte vinna bifall.

Extern aktör

I enlighet med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 ref. 29 har förvaltningsrätten gett Elbyrån möjlighet att yttra sig över handlingarna i målet.

Elbyrån anför bl.a. följande. I bolagets anbud har det hela tiden varit räknat med metallhalogen som ljuskälla. Bolaget valde en paketlösning från Strihl Scandinavia Bel. AB som hette Gothia fotbollsplan 200 lux MHN. Tyvärr hamnade bolaget i skarven när Strihl bytte ut produkterna i paketlösningarna. Gothia 3-paketet har numera utgått och ersatts av ett Gothia EVO-paket 100, 200 och 400 lux. Bolaget antog att Gothia 3 innebar tre olika paketlösningar där man valde 200 lux-paketet. Strihl gjorde i samband med att de bytte ut sina produkter även om sin hemsida på så sätt att de äldre paketlösningarna försvann och ersattes med nya. Tyvärr bifogades från Elbyråns sida, i all hast och stress som förekom i samband med anbudsinslämnandet, fel bilagor med paketlösning och ljusberäkning till anbudet. I stället för information från Strihls hemsida om de nya produkterna, skickades information från Strihls gamla hemsida. Elbyrån beklagar detta, men anbudet var ”rätt tänkt”.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Enligt 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Administrativa Föreskrifter – E1

- AFA.21 Översiktlig information om objektet**
Belysning för fotbollsplan (konstgräs) i Tranemo samt option för Dalstorp.
- AFB.31 Anbuds form och innehåll**
Anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt handling 20.7.1 Anbudsformulär.
- AFB.312 Sidoanbud**
Sidoanbud skall redovisas så att jämförelse kan ske med huvudanbudet. Med sidoanbud avses varje reservation eller förslag till ändring av i förfrågningsunderlaget angivet arbete. För att sidoanbud ska få prövas enligt LOU krävs att det alternativa utförandet uppfyller de minimikrav som ställs i förfrågningsunderlaget.

Teknisk beskrivning – El

Belysning: Konstgräsplan med belysning ≥ 200 lux utförs. Detta värde gäller för de i bilaga 1 angivna rekommenderade värdena för belysningsstyrkor. Belysningen fördelas över 6 st. master. Belysningen ska vara jämn över hela planen. Bländningen får inte uppgå till högre värde än fotbollsförbundets måttbok. Belysningen ska vara typ metallhalogen. Armaturtyp Extol Lighting AB, Discano 1902 2000W. ---

Option: Option prissätts för sig i anbudsformulär, priset ska **inte** ingå i anbudssumman. Beställaren har option på att avropa Konstgräsplan Dalstorp om beställaren finner erbjudandet förmånligt. Konstgräsplan utförs lika Tranemo Konstgräsplan.

Ombudet för kommunen, PNN Ingenjörer AB, har med anledning av vissa oklarheter i Elbyråns anbud begärt ett förtydligande från bolaget på så sätt att Elbyrån skulle klarlägga att bolagets anbud inte innehöll några reservationer. Elbyrån har som svar på detta uppgett att bolagets anbud inte innehöll några reservationer ”utan enbart likvärdig produkt på belysningen”.

Förvaltningsrättens bedömning

Vägbelysning gör i målet gällande att Tranemo kommun har handlat i strid med LOU genom att utvärdera och anta ett anbud som inte har uppfyllt samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Bolaget menar att den vinnande leverantören Elbyrån har frångått de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven att ange anbudssumma för optionen gällande Dalstorp samt offerera en typ av strålkastarfabrikat som inte har varit avsett för metallhalogenlampor.

Av återgivna delar av kommunens förfrågningsunderlag framgår att upphandlingen avser både belysning för en fotbollsplan i Tranemo och en option för att utföra likvärdigt arbete i Dalstorp. Vidare framgår att anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt ett till förfrågningsunderlaget bifogat anbudsformulär, av vilket det bl.a. framgår att leverantören åtar sig att utföra rubricerad entreprenad i enlighet med förfrågningsunderlaget. Att anbudssumma ska anges såväl för arbetet i Tranemo som för optionen avseende Dalstorp framgår både av förfrågningsunderlaget och

anbudsformuläret. Mot bakgrund av det nu anförda samt det som har framkommit i målet i övrigt finner förvaltningsrätten att Elbyråns anbud, som endast innehåller anbudssumma avseende belysning för fotbollsplanen i Tranemo, inte har varit komplett och därmed inte borde ha utvärderats av kommunen. Den kammarrättsdom som Tranemo kommun har åberopat medför inte att annan bedömning ska göras.

Vad vidare gäller Vägbelysnings påstående om att Elbyrå har offererat en annan typ av strålkastare anges i återgivna delar av kommunens förfrågningsunderlag bl.a. att belysningen ska vara typ metallhalogen. Elbyråns anbud, i det skick det gavs in till kommunen, innehöll information om en annan typ av belysning än den som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget har vidare till kommunen angett att anbudet innehållit en "likvärdig produkt på belysningen". Förvaltningsrätten finner att Elbyråns anbud inte heller i detta avseende har varit komplett då det avsett en annan typ av belysning. Enligt förvaltningsrättens mening går det inte att utläsa att anbudet, vilket Elbyrå har uppgett i målet, egentligen avsett strålkastare av typ metallhalogen. Uppgifterna angående belysningen uppfyller inte heller kraven enligt förfrågningsunderlaget för att få prövas som ett sidobud. Elbyråns anbud har således inte heller varit komplett vad gäller offererad belysning och borde därmed inte heller i detta avseende ha utvärderats av kommunen.

Elbyråns anbud har således inte uppfyllt sådana ovillkorliga krav som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller sådana krav får inte beaktas vid utvärderingen, eftersom detta skulle strida mot den 1 kap. 9 § LOU stadgade principen om likabehandling. Kommunen har genom att inte förkasta Elbyråns anbud brutit mot LOU. Detta har medfört att Vägbelysning, som har lämnat det näst lägsta anbudet, har lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därmed förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Vägbelysning har yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid bolagets anbud ska antas. Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 5 § LOU att, oavsett

hur yrkandet har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Eftersom bristen inte beror på någon felaktighet i upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är det tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering sker utan beaktande av anbudet från Elbyrån. Vägbelynings ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam