



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2010-11-18
Meddelad i Västerås

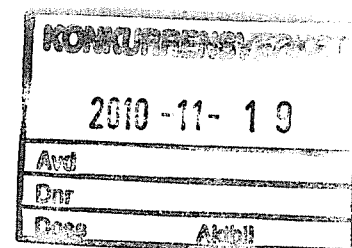
Mål nr
6479-10 E
Enhet 2

SÖKANDE

ASEC Power, 556242-4878
Sollentunavägen 88
191 40 Sollentuna

MOTPART

Västerås kommun
Tekniska nämnden
Stadshuset
721 87 Västerås



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 18338

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1001	Sigurdsgatan 22	018-16 73 00	021-13 20 25	måndag – fredag
721 26 Västerås		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har genomfört upphandling avseende "Armatyrbyte Västerås stad 2010", dnr 2010/497-TN-061. Ett av de bolag som lämnat anbud är ASEC Power (bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 13 september 2010 har annan leverantör antagits i upphandlingen.

Förvaltningsrätten beslutade rätteligen den 23 september 2010 på framställan av bolaget att kommunen, i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar, tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse av val av leverantör eller att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan åberopar bolaget i huvudsak att kommunen agerat diskriminerande samt ifrågasatts kommunens bedömning att inte anse deras produkt likvärdig. Bolaget anför bl.a. följande. I tilldelningsbeslutet fanns ingen motivering till varför produkten bedömts som icke likvärdig. Kontakt togs med kommunen som då skickade en likvärdighetsbedömning som utförts av "oberoende konsult". Ingenting nämns om att konsulten varit anställd som belysningsingenjör hos en svensk kommun. Vid kontroll av konsultens hemsida visas också exempel på specialkonstruktioner rörande armaturen SR (en av de vinnande armaturerna i anbudet) som konsulten utfört. Vidare betecknas tillverkarna av denna armatur på konsultens hemsida som "partner". Bolaget ställer sig därför frågande till huruvida man kan betrakta konsulten som oberoende.

Avseende likvärdighetsbedömningen utförd av konsulten anför bolaget bl.a. följande. Konsulten tog fram beräkningsunderlag med samma

förutsättningar för alla leverantörer. Konsulten bjöd in leverantörerna i föreskrivna armaturtyper från Philips Lightning AB och Anell Ljus & Form AB att delta i beräkningar om i upphandlingen förekommande armaturer. Resultatet av dessa skulle sedan jämföras med bolagets armatur. Dessa beräkningar har inte redovisats. Det kan därför inte avgöras om de redovisade resultaten i utvärderingen grundas på faktiskt utförda beräkningar. Bolaget ställer sig även frågande till det faktum att vare sig kommunen eller konsulten begärt prover på armaturen för likvärdighetsbedömningen.

Bolagets armatur kan förses med ställbart fäste som gör att armaturen kan ställas i vilken vinkel som helst. Hur konsulten kan bedöma att detta inte tillhör armaturen har bolaget svårt att förstå. Det borde betraktas som en fördel då man inte blir beroende av fasta installationslägen som är fallet för referensarmaturerna. Kommunens avsikt måste vara att vägarna ska ha en belysning som uppfyller rådande standard (VGU) med givna förutsättningar, vilket bolagets offererade armatur gör. I delar av beräkningarna överträffar till och med bolaget referensarmaturerna.

Bolaget har presenterat en referenslista över liknande installationer i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte specifikt frågat efter referensinstallationer med offererad armatur. Armaturen är nyutvecklad och har under denna utvärderingsfas sålts till två andra svenska kommuner. Att armaturen är ny på den svenska marknaden ska inte innebära ett hinder i en likvärdighetsbedömning.

Poläradiagram är inte en relevant jämförelsefaktor vid ljusberäkning. Samtliga armaturer har beräknats i belysningsberäkningsprogram som ger betydligt mer rättvisande resultat. De värden som konsulten anger för referensarmaturerna är dessutom inte överensstämmande med den information som tillverkarna uppger i sin katalog varför de inte kan

verifieras. Vid belysning för vägar och gator, eftersträvas hög jämnhet varför medelvärdet (Eh-Med) blir en mer relevant jämförelsefaktor. I vissa hänseenden visar bolagets offererade armatur bättre resultat än referensen och i andra råder motsatt förhållande. Det är helt felaktigt av konsulten att anse att referensarmaturerna är bättre än bolagets offererade armaturer.

Bolaget påpekar avslutningsvis att en rad faktorer som normalt används vid en likvärdighetsbedömning utelämnats av konsulten, bl.a. täthetsklass, servicevänlighet och ekonomi. När likvärdighetsbedömningen gjorts har man sökt med ljus och lykta efter olikheter mellan produkterna som sedan använts som argument för att produkterna inte är likvärdiga. De olikheter som fallit till dess fördel har man sedan valt att bortse från.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget hade referensarmaturer (Philips och Siteco) angetts för specificering av tekniska krav, funktionalitet och prestanda som ställdes på armaturerna. Produkter likvärdiga med Philips och Siteco accepterades således. En från kommunen fristående konsult, Hi Design AB, uppdrogs att bedöma om av bolagets offererade armaturer var likvärdiga med referensarmaturerna. Likvärdighetsbedömningen utföll till bolagets nackdel varför anbudet inte utvärderades. Det finns inte någon grund för att hävda diskriminering på grund av valet av konsult. Det finns inte heller något stöd för påståendet att kommunen med ”ljus och lykta” sökt efter olikheter mellan bolagets offererade armaturer och referensarmaturerna för att kunna utesluta bolagets anbud. Vissa krav har ställts på de armaturer som kommunen vill ha med referens till armaturer som, till skillnad från bolagets, är kända på den svenska marknaden. Likvärdighetsbedömningen syftar bara till att pröva om den föreslagna armaturen möter referensarmaturen i fråga om kvaliteter, minimifunktioner och prestanda. Bolagets armatur nådde i flera viktiga avseenden inte upp till referensarmaturens nivå i dessa avseenden.

I övrigt hänvisar kommunen till konsultens belysningsrapport daterat den 26 september 2010.

Konsulten anför i rapporten bl.a. följande. Han var mellan 1998 - 2008 belysningsingenjör och ansvarig förvaltare av offentlig belysning i Kristianstads kommun. Han fick i uppdrag av dåvarande Vägverket Region Skåne, nuvarande Trafikverket Region Syd, att ta fram specialarmatur på 400 W högtrycksnatrium. Det fanns då på marknaden endast en armaturtyp (SR200) som motsvarade kraven, som kunde byggas om. Dåvarande Siemens belysningsrepresentant Scandi Delux AB kunde leverera allt material till ombyggnaden. Hi Design har ansvar för ombyggnaden och har därför s.k. "leveranspartner" av material från Siteco, genom i dag Anell, för att kunna bygga om till specialarmatur för Trafikverkets behov. Det är osakligt att han skulle kunna vara deltagare av utformningen av armaturserien Siteco SR. Siteco (tidigare Siemens Belysning) är ett multinationellt företag som har mer kompetens i företaget än någon annan i världen. Han kan därför aldrig vara inblandad i utformningen av armaturserien SR50, SR100 eller SR200. Dessa är standardprodukter sedan länge. Likvärdighetsbedömningen är en ren skrivbordsprodukt därför att de viktigaste skillnaderna kan bedömas utifrån de uppgifter som leverantörerna överlämnar. Bolaget har lämnat tydliga faktauppgifter som var möjliga att bedöma. Likvärdighet betyder att föreslagen armatur kan göra samma sak som armaturer i förfrågningsunderlaget. Att någon del är bättre är ett plus men minimifunktioner och kvalitéer skall vara minst lika med armaturer i underlaget. Dessa viktiga funktioner har inte Nikkon-S419.

Vad avser referenslista över liknande installationer i enlighet förfrågningsunderlaget anför konsulten följande. Bolagets svar i frågeformuläret lyder, "Armaturen är nyutvecklad och har sålts till 2 referensanläggningar i Sverige. Installation har ännu ej skett". Därför bedömes att "Nikkon-S419 är en ny produkt och har därför ingen fungerande referensanläggning i Sverige". Armaturerna i underlaget har hundratalet fungerande anläggningar. Vidare hade han av sekretessskäl inte tillgång till vem som är

leverantör och man fann ingen leverantör av armaturen i Sverige. Information från Asien var så bristfällig att ett större frågeformulär var nödvändigt för att eventuell leverantör skulle kunna ge nödvändiga uppgifter. Då leverantören var okänd och han har erfarenhet av manipulerade ljusvärden från icke europeiska länder, är polärddiagram relevant jämförelsefaktor i likvärdighetsbedömningen. Det är sant att medelvärdet (E-Med) är mer relevant men det visar inte fördelningen över hela vägytan. En smalstrålande optik kan få samma medelvärde (E-Med) som en medelstrålande armatur. Av den orsaken behöver beräkningarna visa vilket optiskt spegelsystem som levereras. Vad avser ljusberäkningarna kan det fortfarande konstateras att Nikon-S419 genomgående är något sämre.

Vad gäller bolagets påpekande att en rad faktorer som normalt används vid en likvärdighetsbedömning utelämnats, anför konsulten i huvudsak följande. Han likvärdighetsbedömer om föreslagen armatur är lika bra eller om den inte klarar lika värde. Om den är bättre i något avseende är den inte mer än likvärdig än referensarmaturerna. Konsulten anför som förklaring att t.ex. skillnaden avseende täthetsklass inte har betydelse i smutsigt regnväder eftersom det är så liten skillnad mellan spola vatten med slang eller högtrycksspola på en belysningsstolpe samt att det arbetsmässigt finns både för- och nackdelar med att öppna armaturen uppåt. Ingen av de bedömda armaturerna behöver servas med uppåtriktat arbetssätt men däremot vill många beställare att regn och snö inte ska fylla armaturhuset ovanifrån vid service. Inget av servicesätten kan dock betraktas som bäst.

Bolaget tillägger i yttrande i huvudsak följande. Konsulten bekräftar att han varit anställd i annan svensk kommun. Att konsulten är s.k. leveranspartner till Anell/Siteco, vilka är tillverkare av ena referensarmaturen, är tillräckligt för att objektiviteten kan vara påverkad. Konsulten agerar ”bedömare åt fabriker under utvecklingsfas av nya produkter”. Det är olämpligt att en oberoende konsult har täta samarbeten med vissa leverantörer. Att konsulten anser att ”Siteco har mer kompetens i

företaget än någon annan i världen” påvisar att konsulten har en klar tillverkarpreferens.

Om produkterna jämförs med föresatsen att de faktorer som är bättre hos den ena produkten aldrig kan ges ett övervärde, finns redan där ett övertag för referensarmaturen. Vid en likvärdighetsbedömning måste således samtliga för- och nackdelar hos en produkt sammanvägas för att få en rättvis jämförelse. Bolaget anser att likvärdighetsaspekten måste kunna hänföras till ett för kunden relevant behov. Frågorna som ställts till bolaget avseende armaturen har inte varit knutna till ett sådant behov och därigenom endast syftat till att diskvalificera armaturen. Kommunen har inte gjort allt i denna likvärdighetsbedömning för att finna det mest fördelaktiga alternativet.

DOMSKÄL

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har ändrats bl.a. genom lag 2010:571 med ikraftträdande den 15 juli 2010, varvid bl.a. 16 kap. har utgått och ett nytt 16 kap. införts. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Nu aktuell upphandling har påbörjats före den 15 juli 2010 varför LOU i dess äldre lydelse ska tillämpas. Tillämpliga bestämmelser återges nedan i deras då gällande lydelse.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket samma lag får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket samma lag ska rätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande.

Fem anbud lämnades in varav samtliga, förutom bolagets anbud, uppfyllde uppställda skall-krav och kvalificerade sig till utvärderingen. Den leverantör som i sitt anbud erbjudit lägst kostnad har antagits. Att bolagets anbud inte gick vidare till utvärderingen motiveras i tilldelningsbeslutet med att bolaget erbjudit en armatur som inte är likvärdig den efterfrågade och därmed är en annan produkt än vad upphandlingen avser. Vidare anges i beslutet att sex referenter har kontaktats men ingen har kunnat lämna referenser på de offererade armaturerna.

Förvaltningsrättens gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU och om detta i så fall föranleder att upphandlingen ska rättas eller göras om. För ingripande från förvaltningsrättens sida krävs vidare att bolaget har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av förfarandet. Därvid följer att förvaltningsrätten endast prövar de frågor som bolaget gör gällande.

Bolaget gör gällande att kommunen agerat diskriminerande då konsulten, som getts i uppdrag att bedöma om bolagets armatur är likvärdig med referensarmaturerna, enligt bolaget inte är oberoende. Till stöd härför framhåller bolaget bl.a. att konsulten tidigare varit anställd hos en annan kommun och även är s.k. leveranspartner till tillverkarna av ena referensarmaturen. Enligt bolaget har konsulten genom bl.a. frågor som inte är relevanta för kundens behov, utelämnande av en rad faktorer som normalt används vid en likvärdighetsbedömning samt att inte sammanväga för- och nackdelar hos produkter, särskilt sökt efter olikheter mellan produkterna i syfte att diskvalificera bolagets armatur.

Enligt de grundläggande principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av detta följer att en likvärdighetsbedömning utförd av en konsult på uppdrag av en upphandlande myndighet kan anses innebära ett brott mot LOU om bedömningen görs på ett sådant sätt att den leder till otillbörliga fördelar eller verkar diskriminerande mot någon leverantör.

I målet är ostridigt att konsulten som utfört likvärdighetsbedömningen på uppdrag av kommunen tidigare varit anställd hos en annan kommun och att han är s.k. leveranspartner av material för viss specialarmatur till tillverkarna av den ena referensarmaturen.

I mål om upphandling har normalt sökanden bevisbördan för lämnade påståenden. Kammarrätten i Stockholm har dock i ett mål där jäv åberopats funnit att bevisbördan skulle läggas på upphandlande myndighet. I målet hade en konsult medverkat när förfrågningsunderlaget togs fram och han var även företrädare för ett bolag X som lämnade anbud i upphandlingen. Kammarrätten fann att presumptionen var stark för att konsultens dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för bolag X som medfört en snedvridning av konkurrensen och ansåg därför att bevisbördan åvilade upphandlande myndighet att visa att principen om likabehandling inte hade åsidosatts (se dom den 11 februari 2010, mål nr 6986-09).


Förvaltningsrätten konstaterar att enbart det faktum att konsulten tidigare varit anställd hos en annan kommun inte kan innebära en sådan omständighet som är ägnat att rubba förtroendet för dennes oberoende i upphandlingen. Den omständigheten att konsulten i eget bolag använder material från tillverkaren av den ena referensarmaturen för en specialprodukt utgör inte heller en sådan omständighet som i sig behöver innebära att konsulten har ett egenintresse i upphandlingen utöver rollen som

konsult. I vart fall måste presumtionen för detta anses låg. I sammanhanget måste beaktas att den aktuella branschen avseende vägbelysning torde vara tämligen specifik och begränsad. Omständigheterna är enligt förvaltningsrättens mening inte alls jämförbara med situationen i den ovan nämnda kammarrättsdomen varför det inte finns anledning att frånga vad som normalt gäller om bevisbördans placering i mål om upphandling. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att i målet inte visats att det skulle föreligga något sådant jävsförhållande som innebär att konsultens medverkan i upphandlingen otillbörligt gynnat den antagna leverantören, verkat diskriminerande mot bolaget eller att upphandlingen i övrigt inte skulle ha genomförts på ett affärsmässigt sätt.

Utgående således från att likvärdighetsbedömningen är objektivt utförd finner förvaltningsrätten att vad i målet förekommit inte utgör skäl att ifrågasätta denna i sak. Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte leder till bedömningen att kommunen har brutit mot grundläggande principer i LOU på sätt bolaget gjort gällande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Detta innebär att förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör att gälla.

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


Leif Hallner
rådman

Målet har handlagts av George Bjälkemo.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

