



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Jönköping
Göran Sundberg

DOM
2010-12-30
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
7906-10 E
Rotel 1:3

SÖKANDE

Metric Power Systems AB, 556604-8939

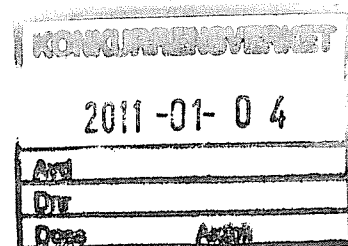
Ombud: Advokaten Andreas Thunholm Sundén
Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Högskolan i Borås, 202100-3138
501 90 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

I enlighet med ett beslut fattat den 30 mars 2010 genomför Högskolan i Borås (Högskolan) en upphandling avseende UPS handlagd som ett förenklat förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att det i anbudet ska ingå en extern bypassbrytare som ska monteras i anslutning till varje UPS samt att Högskolan ska anta det anbud som innehåller det lägsta priset.

Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Metric Power Systems AB (Metric), Myrås Elektriska AB (Myrås), tilldelats kontraktet. Den anbudsgivaren hade under rubriken övrig information i sitt anbud angett att

Dok.Id 25481

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Östra Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

”Service By Pass-funktionen ingår i ställverksdel (annan entreprenad). UPS-teknik levererar inte SBP-switchen!!”, men i bilaga 2 till anbudet angett att samtliga obligatoriska krav uppfylls. Efter anbudsöppnandet ställde Högskolan följande fråga till Myrås: ”Myrås El har i sitt anbud lämnat en motstridig uppgift. Under övriga information framgår att ”Service By Pass-funktionen ingår i ställverksdel (annan entreprenad). UPS-teknik levererar inte SBP-switchen!!”. I anbudsformuläret framgår dock att alla obligatoriska krav uppfylls. Vilket gäller av dessa besked i anbudet?”, varpå Myrås svarade ”Enligt 5:3 i anbudsbilagan levererar vi en extern by pass brytare till varje UPS”.

Metric har ansökt om överprövning och förvaltningsrätten beslutade den 2 december 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Begäran om överprövning

Metric yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så vis att anbudsutvärderingen görs om, varvid Myrås anbud ska förkastas. Bolaget anför bl.a. följande. Av utformningen av Myrås anbud kan det inte dras annan slutsats än att det inte omfattade en extern bypassbrytare. Den fråga Högskolan ställde efter anbudsöppnandet är ställd på ett sådant sätt att det blir uppenbart för Myrås att det har utelämnat ett obligatoriskt krav. Föga förvånande blir svaret samma dag att service bypassfunktionen ingår i Myrås anbud, trots vad som angetts under rubriken ”Övrig information”.

Metric har i båda sina anbud inkluderat en extern bypassbrytare, vilket påverkade prisen i anbudet med 29 000 kr. Det anbud som placerades som nummer två i rangordningen var endast 9 000 kr dyrare än Myrås anbud. Om Myrås hade inkluderat en extern bypassbrytare i sitt anbud så kan det förmodas att detta hade varit ca 29 000 kr högre. Eftersom Högskolan i

efterhand, när vetskap fanns om prissättningen i övriga anbud, tillåtit Myrås att justera sitt anbud avseende utförandet utan att i motsvarande mån justera priset finns risk för att Myrås har haft kännedom om prissättningen i övriga anbud och därför valt att inte höja priset.

Genom att Myrås fick möjlighet att justera sitt anbud har Högskolan särbehandlat den anbudsgivaren till nackdel för övriga anbudsgivare som inte på samma sätt har beretts möjlighet att justera sina anbud. Högskolan skulle därför inte ha vidtagit den åtgärden, utan i stället ha förkastat Myrås anbud såsom inte uppfyllande de obligatoriska krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Genom att tillåta justeringen har Högskolan brutit mot 15 kap. 12 § LOU samt i övrigt mot de principer om affärsmässighet, likabehandling och transparens som ligger till grund för LOU.

Om Myrås anbud hade förkastats skulle priset i bolagets anbud varit det lägsta med följd att bolaget hade tilldelats kontraktet.

Motpartens inställning

Högskolan motsätter sig bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Myrås har säkerställt att dess anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i anbudsförfrågan, men lämnat en motstridig uppgift om detta under rubriken övrig information i sitt anbud. Högskolan har därför begärt ett förtydligande från Myrås. I enlighet med 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen hade det företaget inte kännedom om prissättningen i de övriga anbuden. Detta offentliggjordes i stället först när tilldelningsbeslutet fattats.

DOMSKÄL

Den 15 juli 2010 trädde nya bestämmelser på upphandlingsområdet i kraft. I enlighet med p. 2 i övergångsbestämmelserna till de nya bestämmelserna

gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom beslutet att upphandlingen ska genomföras fattades den 30 mars 2010 tillämpas de äldre bestämmelserna i upphandlingen.

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.

Av 16 kap. LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada får begära överprövning. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får en myndighet begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Generaladvokaten uttalade i ett förslag till avgörande bl.a. följande. Med termen precisera måste förstås att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Med termen komplettera avses att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte var tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna reflektion, att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare

(förslag till avgörande i mål C-87/94 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REG 1996 I-02053, *Vallonska bussarna*, p. 37-38).

Av 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen framgår att en uppgift i ett upphandlingsärende som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall får lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har gjort gällande att Högskolan förfarit felaktigt då den berett Myrås tillfälle att förtydliga sitt anbud på så sätt att utförandet innefattade en extern bypassbrytare, eftersom detta medfört en risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, vilket Högskolan har bestritt detta.

15 kap. 12 § LOU medger att en upphandlande enhet får begära att ett lämnat anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förutsättningen för att de tillförda uppgifterna ska anses som förtydliganden eller kompletteringar är att vad som tillförts inte ersätter tidigare lämnade uppgifter, utan att de tidigare lämnade uppgifterna tvärtom på ett eller annat sätt konkretiseras genom de nytillförda uppgifterna.

Det kan konstateras att Myrås anbud var motsägelsefullt då det i anbudet samtidigt angavs att den efterfrågade service bypassfunktionen inte ingick i anbudet och att samtliga obligatoriska krav var uppfyllda. Högskolan har vid sådana förhållanden förfarit riktigt då den begärt en precisering av det lämnade anbudet och de uppgifter som härigenom tillförts Myrås anbud har enligt förvaltningsrättens mening inte tillfört några sådana i sak nya uppgifter att de nytillkomna uppgifterna är att anse som annat än förtydliganden av de uppgifter som lämnats tidigare.

Eftersom uppgifter som rör anbud, bl.a. offererat pris, enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen omfattas av absolut sekretess fram till dess tilldelningsbeslutet fattats får det förutsättas att Myrås inte kände till det pris som följde av andra leverantörers anbud i upphandlingen. Någon risk för att förtydligandet medfört en särbehandling eller en konkurrensbegränsning kan därför inte anses föreligga. Någon grund för ingripande med stöd av LOU på det av bolaget anförda skälet föreligger därför inte.

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

Lena Schön-Barkestam

Lena Schön-Barkestam