

**LÄNSRÄTTEN I  
NORRBOTTENS LÄN**

**DOM**  
2010-02-01  
Meddelad i  
Luleå

Mål nr  
2446-09E  
Rotel 2

Föredraganden: C. Andersson

### SÖKANDE

1. NELAB Försäljnings Aktiebolag, 556166-9028  
Box 775  
941 28 Piteå

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

2. Sky lift i Norr AB, 556712-6817  
Porsnäs vägen 24  
945 31 Norrfjärden

### MOTPART

Luleå kommun  
971 85 Luleå

Ombud: Jur. kand. Hampus Ek  
Foyen Advokatfirma  
Box 7229  
103 89 Stockholm

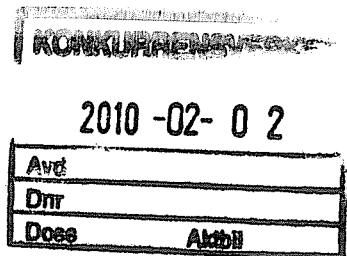
### SAKEN

Upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

### LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår NELAB Försäljnings Aktiebolags ansökan om överprövning.

Länsrätten bifaller Sky lift i Norr AB:s ansökan om överprövning, upphäver tilldelningsbeslutet, och förordnar att Luleå kommuns upphandling avseende generalentreprenad av Gatu- och parkbelysning 2010 görs om.



Dok.Id 64672

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: lansratteninorbotten@dom.se www.dom.se	0920-29 54 98	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00

## BAKGRUND

Luleå kommun har genomfört upphandling med öppet förfarande avseende generalentreprenad av Gatu- och parkbelysning 2010. Enligt tilldelningsbesked den 3 december 2009 har kontraktet tilldelats Vattenfall Services Nordic AB (nedan Vattenfall).

I beslut den 10 december 2009 har länsrätten förordnat att aktuell upphandling inte får avslutas innan länsrätten beslutat något annat.

## YRKANDEN M.M.

NELAB Försäljnings Aktiebolag (Nelab) och Sky lift i Norr AB (Sky lift) har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen avseende Gatu- och parkbelysning 2010 ska göras om samt att upphandlingen inte får avslutas innan ett sådant beslut fattas.

Luleå kommun (kommunen) har motsatt sig bifall till Nelabs och Sky lifts ansökningar samt yrkat att den av länsrätten meddelade inhibitionen omedelbart ska undanröjas. Kommunen har vidare gjort gällande att Sky lift inte har talerätt.

## GRUNDER M.M.

### Nelab

#### Likvärdighet

Aktuell upphandlings förfrågningsunderlags mängdförteckning, å-prislistan, omfattar ett stort antal poster som avser såväl arbetsmoment som material som ska tillhandahållas. Under koden S återfinns apparater, ut-

rustningar, kablar mm som ska ingå i åtagandet. Kommunen har i ett stort antal fall föreskrivit specifikt material. Som exempel kan anges att under SBC.43 ingår ”stolpinsats Fingal Johansson E77 796 78”. Under kod SND.1 som avser ljusarmaturer för vägtrafikbelysning har genomgående angetts specifika produkter utan angivande av ”eller likvärdigt”. Bland dessa produkter ingår ”COBRA 35/70 W” vilket är en armatur som har utvecklats speciellt för vägbelysning i samarbete med Vattenfall.

Kommunen har genom att föreskriva produkter genom hänvisning till varumärke brutit mot 6 kap. 4 § LOU om tekniska specifikationer. Kommunen har genomgående hänvisat till specifika fabrikat utan att dessa följts av orden ”eller likvärdig”. För att undantaget i 6 kap. 4 § LOU ska vara tillämpligt ska det i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Det innebär att det inte ska gå att beskriva föremålet för upphandlingen på annat sätt än genom hänvisning till ett visst varumärke mm. I förevarande fall har det varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen i tekniska termer.

Leverantörer av likvärdiga produkter har därmed utestängts från möjligheten att lämna anbud på förfrågningsunderlaget. Detta strider mot kravet på icke-diskriminering. Underlåtenhet att lägga till ordet ”eller likvärdigt” kan i strid med EG-fördraget, hindra importflödet inom EU genom att förbehålla upphandlingen åt de leverantörer som tillhandahåller det utpekade märket eller motsvarande, se dom från EG-domstolen den 24 januari 1995, mål C-359/93.

Nelab kontaktade kommunen när man upptäckte att kommunen i sitt förfrågningsunderlag hade begränsat allt material till de i anbudet angivna produkterna. Vid denna kontakt fick Nelab uppfattningen att kommunen inte hade för avsikt att ändra sig och lägga till ”eller likvärdigt”. Kommunen uttryckte också att man inte hade för avsikt att acceptera några likvär-

diga produkter. Genom denna begränsning har kommunen brutit mot lika-behandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

Otillbörlig fördel

Det är dessutom uppenbart att hänvisningen till armaturen ”COBRA” direkt gynnar det företag som har vunnit upphandlingen dvs. Vattenfall, vilket bolag ingår i Vattenfallkoncernen. Armaturen Cobra tillverkas av ett företag som heter Nordic Light Group AB med delar som tillhandahålls av företaget Primalence. Vattenfall Service Nord är det bolag som tillsammans med Primalence och Nordic Light har utvecklat och levererar armaturen. Vidare är Vattenfall den enda försäljaren av Cobra-armaturer i Sverige, vilket innebär att konkurrensen via grossistled starkt begränsas. Valet av Cobra armaturen innebär dessutom att Vattenfall även får en konkurrensfördel vid utförandet av själva serviceuppdraget. Härigenom har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen.

Nelab har under anbudstiden undersökt möjligheterna att få tag på de föreskrivna Cobra armaturerna via någon grossist i Sverige men konstaterat att så inte var möjligt. Det kvarstod då endast för Nelab att ”chansa” med en likvärdig armatur.

Vattenfall har sedan fem år tillbaka drift och underhållsuppdraget avseende gatu- och parkbelysning för Luleå kommun. Det kan inte uteslutas att kommunens upphandling redan från början var riktad mot Vattenfall. Vattenfall kan dessutom vid genomförandet av det nu pågående uppdraget ha skaffat sig sådan kunskap om uppdraget som medför en otillbörlig fördel mot övriga anbudslämnare.

### Upphandlingsförfarandet

När det gäller upphandlingskontraktet har kommunen använt fel kontraktstyp. I annonsen och förfrågningsunderlaget har det angetts att det är fråga om byggtreprenad avseende drift och underhåll vilket rätteligen skulle varit ett tjänstekontrakt. Enligt 2 kap. 3 § LOU avses med *byggtreprenadkontrakt* ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförliga till en verksamhet som anges i bilaga 1 eller medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Enligt 2 kap. 18 § LOU avses med *tjänstekontrakt* ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 21 §. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna. I bilaga 2 till LOU framgår att kategori 1 utgörs av underhålls och reparationstjänster, vilket det torde vara fråga om i förevarande fall. Genom att ange fel kontraktstyp har kommunen brutit mot kravet på ickediskriminering, likabehandling och förutsebarhet.

För det fall det redan av annonsen eller förfrågningsunderlaget hade framgått att det var fråga om ett tjänstekontrakt istället för byggkontrakt kan det ha funnits andra anbudslämnare som hade varit intresserade av att lämna anbud. Detsamma gäller för det fall kommunen istället för produkter angett tekniska egenskaper eller öppnat upp för likvärdiga produkter. Dessa anbudslämnare har genom kommunens hantering av upphandlingen förfördelats och inte behandlats lika med övriga anbudslämnare.

### Kontraktstiden

Kontraktstiden för upphandlingen är fem år från den 1 juni 2010 till den

31 maj 2015 vilket medför att konkurrensen otillbörligt sätts ur spel. Detta strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Avtalets längd innebär en konkurrensbegränsning. Den entreprenör som erhåller uppdraget är självfallet intresserad av att avtalet blir så långt som möjligt, men det innebär inte i sig att det är lämpligt med ett avtal som är längre än de som föreskrivs för ramavtal. Att investeringskostnaden skulle vara av betydelse i förevarande fall bestrids.

#### Tidsfristen

Tidsfristen för inkommande av anbud har varit opåkallat kort. Annonsen publicerades i TED den 7 oktober 2009 och sista dagen för inkommande med anbud var den 16 november 2009 dvs. 40 dagar.

Kommunens upphandling har sammantaget haft så stora brister att upphandlingen bör göras om. Nelab har genom kommunens åsidosättande av LOU lidit eller kan komma att lida skada.

#### **Sky lift**

Sky lift var intresserat av att delta i kommunens upphandling avseende Gatu- och parkbelysning 2010. Detta var omöjligt eftersom kommunen i förfrågningsunderlaget hade föreskrivit fabrikat som Sky lift inte hade tillgång till genom sina grossister. Någon möjlighet att offerera likvärdigt material gavs inte enligt förfrågningsunderlaget. Vid kontakt med kommunen uppgavs att kommunen inte tänkte ändra produkter eller godta likvärdiga material. I mängdförteckningen har kommunen bl.a. hänvisat till ”COBRA 35/70” – en armatur som tagits fram och säljs av Vattenfall. Sky lifts uppfattning är att kommunen när man föreskrivit armaturen ”COBRA” har vänt sig direkt till Vattenfall och uteslutit andra anbudsgivare och leverantörer från att delta i upphandlingen. Detta strider mot 6 kap.

4 § LOU. Om kommunen hade tillåtit andra fabrikat hade Sky lift önskat delta i upphandlingen. Kommunen har genom att föreskriva vissa produkter uteslutit Sky lift från att delta. Sky lift har därigenom lidit skada eller kan komma att lida skada om upphandlingen inte görs om.

### **Kommunen**

#### Talerätt

Vid anbudstidens utgång hade det inkommit totalt två anbud. Anbudsgivarna var Vattenfall och Nelab. I Nelabs anbud ingick ett åtagande i form av avsiktsförklaring från Sky lift om att bolagets resurser återropades i anbudet enligt 11 kap. 12 § LOU. Vad Sky lift sålunda anfört om att det skulle ha talerätt eftersom det är en del av ett påstått leverantörskollektiv som avstått från att inge anbud är därför oriktigt. Kommunen konstaterar att Sky Lift i stället valt att på detta sätt agera som Nelabs underentreprenör i vilken egenskap Sky Lift saknar talerätt och inte kan anses ha lidit någon skada.

#### Likvärdighet

Företrädare för Nelab kontaktade kommunen per telefon ett par dagar före anbudstidens utgång och meddelade att tillägget ”eller likvärdig” saknades i förfrågningsunderlaget. Med anledning av den korta tid som återstod av anbudstiden lät kommunen meddela att det inte fanns tid för ändring i förfrågningsunderlaget samt kompletterande förfrågningsunderlag med hänvisning till vad som angivits angetts i de administrativa föreskrifterna under koden AFB.23

Av kommunens tilldelningsbeslut och av sammanställningen över anbudsvärderingen framgår att Nelabs anbud, med Sky lift som underentrepren-

nör, har tagits upp till anbudsutvärdering. Kommunen har således inte förkastat Nelabs anbud utan tagit upp denna till prövning och bedömt armatur och produkter som likvärdiga. Av Nelabs sätt att utforma sitt anbud står det klart att bolaget utgått ifrån att likvärdigt material skulle komma att godtas av Luleå kommun. Det framgår också att Vattenfall var den anbudsgivare som med stor marginal offererat lägst pris enligt den modell som redogjorts för i de administrativa föreskrifterna AFB.52.

Varken Nelab eller Sky Lift kan därför anses ha lidit någon skada och kan inte heller anses komma att lida någon skada till följd av att kommunen, av rent förbiseende, inte angivit att likvärdig armatur skulle komma att godtas när så i praktiken har skett vid anbudsprövning.

#### Otillbörlig fördel

På samma sätt har kommunen bedömt andra produkter som varit likvärdiga med de specifikt angivna produkterna i mängdförteckningen. Det har därför inte heller skett något sådant ”val” av Cobra-armaturen eller andra specifika produkter som Nelab och Sky Lift gör gällande och kommunen har följaktligen inte heller brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

Nelabs påstående om att det skulle vara Vattenfall som tagit fram ”COBRA” är oriktigt. ”COBRA” har tagits fram av ett företag i Skellefteå, Nordic Light AB. Vattenfall har i och för sig varit med och finansierat utvecklingen av armaturens lins. Det vitsordas att Vattenfall har en rätt att sälja ”COBRA” men denna rätt är ingen ensamrätt eftersom ”COBRA” även finns hos grossister. Vad Nelab anför om att Vattenfall kan ha skaffat sig erfarenhet samt att den offentliga upphandlingen skulle kunna tänkas ha varit riktad mot Vattenfall bedömer kommunen som spekulativa påståenden för vilka Nelab inte har något egentligt stöd. Kommunen kan emeller-



tid vitsorda att det får förmodas att det med ett tidigare innehaft uppdrag följer viss kunskap på området i och för sig.

#### Upphandlingsförfarandet

Kommunen har medvetet vid annonsering valt att ange att det varit fråga om bygg- och anläggningsarbeten. Skälet härtill är att det fasta priset bedömts utgöra en femtedel samt det rörliga därmed fyra femtedelar. Det rörliga priset har inom ramen för driftsavtalet varit avsett för att bygga bort dåliga delar av anläggningarna genom nyanläggning. Det är således på detta som upphandlingens och entreprenadens tyngdpunkt legat.

#### Kontraktstiden

Beträffande vad Nelab anfört om avtalets längd, fem år, så konstaterar kommunen att det inte rör sig om något ramavtal utan om ett driftsavtal varför begränsningen i 5 kap. 3 § LOU är inte tillämplig. Kommunen bestrider påståendet om att fem års avtalstid skulle medföra att konkurrensen otillbörligt sätts ur spel. Avtalstidens längd har bestämts mot bakgrund av att den är rimlig i förhållande till de investeringskostnader som är aktuella samt att kommunen fått uppfattningen att entreprenörerna varit intresserade av och ansett att ett längre avtal varit mer attraktivt.

#### Tidsfristen

Tidsfristerna vid upphandling ska räknas från dagen när annonsen skickades och inte från publiceringsdatum som Nelab gör gällande. Eftersom elektronisk annonsering har tillämpats har tiden kunnat förkortas med sju dagar. Annonsen skickades in till Allego den 2 oktober 2009 och avsändes till TED samma dag, vilket innebär att tiden fram till anbudstidens utgång

den 16 november 2009 är 45 dagar. Således har kommunen inte heller i detta avseende agerat i strid med LOU.

Mot bakgrund av att Nelabs anbud, med angiven underentreprenör Sky Lift, tagits upp till anbudsutvärdering samt att kommunen alltså har godtagit även likvärdiga armaturer och produkter har kommunen inte agerat i strid med de gemenskapsrättsligt grundläggande principerna som de kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Inte heller på annat sätt har kommunen agerat i strid med LOU. Beträffande Sky lift görs gällande att detta bolag nu saknar talerätt. Såväl Nelab som Sky lift har dessutom varit medvetna om att kommunen skulle komma att ta upp anbud som offererade likvärdig armatur och produkter till prövning. Av detta följer att varken Nelab eller Sky lift kan anses ha lidit eller komma att lida sådan skada som anges i 16 kap. 1 § LOU. Bolagens talan kan därför inte under några omständigheter vinna bifall.

### **Nelab**

#### Likvärdighet

Det ska noteras att det inte bara är Cobra armaturen som föreskrivits utan att följas av orden ”eller likvärdigt”. Kommunen har genomgående föreskrivit specificerade material, se produkter under kod SBC.43, SKB.32, SND.1 i bilaga 6 till begäran om överprövning, utan att öppna upp för likvärdiga material. Med hänsyn till det besked som Nelab erhöll från kommunen om att likvärdiga material inte skulle accepteras offererades i övrigt de material som föreskrivits. Nelab har således inte offererat några andra likvärdiga produkter. Om kommunen hade föreskrivit och gett uttryck för att likvärdigt material skulle accepteras hade det varit möjligt för Nelab att även i andra delar offerera likvärdiga material som det själv hade haft bra

inköpspriser på. Genom begränsningen har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

Kommunen har först sedan anbudstiden gått ut och man kunnat konstatera att Nelabs pris inte var lägst accepterat ett likvärdigt material. Detta innebär inte att kommunens agerande skulle vara i enlighet med LOU:s bestämmelser. Nelab har, liksom andra leverantörer som varit intresserade av upphandlingen om det av förfrågningsunderlaget hade framgått att likvärdiga material hade accepterats, lidit skada till följd av kommunens åsidosättande. Denna brist kan inte läkas genom att kommunen vid anbudsutvärderingen avseende en produkt accepterar den av Nelab offererade likvärdiga produkten. Enda möjligheten är att upphandlingen görs om.

#### Otillbörlig fördel

Kommunen har anfört att Vattenfall varit den anbudsgivare som med stor marginal offererat lägsta pris enligt den modell som redogjorts för i AFB.52. Självfallet har Vattenfall kunnat lämna det lägsta priset eftersom det material som haft störst påverkan på priset dvs. Scricbyte av armatur, avser avgående/tillkommande seriebyte "COBRA 35/70 W" har tagits fram av och försäljs via Vattenfall. Av mängdförteckningens kod SND. 1 sista punkten framgår att mängden avseende seriebyte av "COBRA 35/70 W" är angiven till 1 000 stycken. Vattenfall har avseende denna punkt offererat ett pris om 2 073 kronor per styck vilket ska jämföras med det av Nelab offererade priset om 2 250 kronor per styck (vilket avser en likvärdig produkt). Detta innebär en sammantagen fördel för Vattenfall om nästan 200 000 kronor vid utvärderingen. Det ska också noteras att denna post är den enskilt största posten som har ingått i anbudspriset. Av Vattenfalls totala anbudspris avseende mängder om 4 706 358 kr har ovan nämnda post utgjort 44 procent av detta pris. Vattenfall har därmed haft en otillbörlig fördel på grund av den föreskrivna produkten.

Att investeringskostnaden skulle vara av betydelse i förevarande fall vad gäller avtalets längd bestrids.

### Sky lift

Sky lift har beretts tillfälle att yttra sig men inte hörts av.

### TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

(i de delar bestämmelserna inte återges under skälen för avgörandet)

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU 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 nämnda paragraf. Enligt tredje stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

## SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Frågan om kommunen använt sig av fel upphandlingsförfarande

Enligt 2 kap. 3 § LOU avses med byggtreprenadkontrakt ett kontrakt som 1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller 2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Enligt 2 kap. 18 § LOU avses med tjänstekontrakt ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt en-

ligt 21 §. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna. Ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster och omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader enligt bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska behandlas som ett tjänstekontrakt.

Nelab har gjort gällande att kommunen använt sig av fel upphandlingsförfarande, byggtreprenad, då det rätteligen borde vara ett tjänstekontrakt. Kommunen har bestritt detta och genmält att det fasta priset bedömts utgöra en femtedel och det rörliga fyra femtedelar samt att det rörliga priset inom ramen för driftsavtalet varit avsett att bygga bort dåliga delar av anläggningarna genom nyanläggning.

Enligt länsrättens mening har Nelab inte visat att kommunen använt sig av fel upphandlingsförfarande. Även om kommunen skulle ha använt fel upphandlingsförfarande har det inte framkommit att Nelab lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta, vilket är ett krav enligt 16 kap. 2 § LOU (jämför Kammarrätten i Sundsvalls dom den 18 april 2008 i mål nr 237-08). Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte på denna grund.

#### Frågan om kontraktstidens längd

Enligt förfrågningsunderlaget AFC.4 är kontraktstiden 2010-06-01 till och med 2015-05-31. Nelab har gjort gällande att en kontraktstid på fem år medför att konkurrensen sätts ur spel, vilket strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Kommunen har motsatt sig detta och gjort gällande att avtalstidens längd har bestämts mot bakgrund av att den är rimlig i förhållande till de investeringskostnader som är aktuella samt att

kommunen fått uppfattningen att entreprenörerna varit intresserade av och ansett att ett längre avtal varit mer attraktivt.

Länsrätten kan konstatera att LOU, med undantag för reglerna om ramavtal, inte ställer upp några krav på avtalens löptid. Upphandlingslagstiftningen förutsätter dock att offentlig upphandling konkurrensutsätts med jämna mellanrum.

NOU har i ett yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003 angett bl.a. följande angående avtalstidens längd.

Varken EG-direktiven, GPA eller LOU innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal får gälla. Inte heller i UF eller UR föreskrevs på sin tid någon maximitid för överenskommen avtalstid. NOU har tidigare uttalat följande om avtalstidens längd. "Avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Stora investeringar som leverantören gör inkom för en viss leverans till den offentliga sektorn måste ha en sådan avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Upphandling av t.ex. ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören. Efter NOU:s kontakter med England kan nämnas att man där anser att avtalstiden i en kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år." Eftersom LOU reglerar vitt skilda typer av kontrakt måste den lämpliga avtalstiden variera stort med hänsyn till föremålet för upphandlingen och gällande villkor i den bransch som är aktuell. Den administrativa kostnaden för att genomföra en upphandling bör också påverka avtalstidens längd. En högre administrativ kostnad talar för att avtalstiden blir längre, jämfört med en mer standardiserad upphandling som kan genomföras t.ex. med hjälp av befintliga mallar för förfrågningsunderlag m.m. Det bör samtidigt observeras att en alltför kort avtalstid som inte är tillräckligt väl avvägd mot de kommersiella omständigheterna som en tänkbar leverantör måste ta hänsyn till, kan innebära att den tidigare leverantören gynnas och att upphandlingen härigenom strider mot principen om likabehandling.

Av förfrågningsunderlaget, AFA.21, framgår att objektet i huvudsak omfattas av följande arbeten. Drift- och underhåll av gatu- och parkbelysning inom hela Luleå kommun, cirka 18 000 belysningspunkter samt cirka 60 mil kabel varav cirka sju mil luftledning.

Utifrån vad som har framkommit i målet kan länsrätten inte avgöra om en avtalstid på fem år är affärsmässigt motiverad i LOU:s mening med hänsyn till investeringskostnader, gällande villkor i branschen m.m. Kommunen har dock hävdat att så är fallet. Länsrätten anser därför att Nelab inte visat att en avtalstid på fem år står i strid med LOU i ett fall som det aktuella. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

#### Frågan om tidsfristen för att inkomma med anbud

Nelab har gjort gällande att tidsfristen att inkomma med anbud har varit opåkallat kort. Kommunen har genmält att tidsfristen ska räknas från dagen när annonsen skickades till Allego den 2 oktober 2009 vilket innebär att tiden fram till anbudstidens utgång den 16 november 2009 är 45 dagar och därmed inte för kort.

Enligt 8 kap. 1 § LOU ska när tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten, särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbudena. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iakttas.

Enligt 8 kap. 2 § LOU ska vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 4-8 §§.

Enligt 8 kap. 5 § samma lag får om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, tidsfristerna enligt 2 och 4 §§ för att komma in med anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 3 § första stycket för att komma in med anbudsansökningar vid selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.



Som kommunen angett börjar tidsfristen att löpa den dag då annonsen skickats. Det synes ostridigt att annonsen skickades till Allego den 2 oktober 2009. Anbudstiden gick, enligt förfrågningsunderlaget, AFB.32, ut den 16 november 2009, dvs. 45 dagar efter att annonsen skickades. Länsrätten kan mot bakgrund härav inte finna att Nelab visat att anbudstiden inte överensstämmt med LOU:s regler. Inte heller är det visat att den tillämpade anbudstiden medfört någon risk för skada. Anledning till ingripande enligt LOU föreligger således inte heller på denna grund.

#### Frågan om tekniska specifikationer

I 6 kap. 4 § LOU anges att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdig”.

Av utredningen i målet framgår att kommunen i aktuellt förfrågningsunderlag (Mängdförteckning – Å-prislista SND.1, SBC. 43 och SKB.32) har hänvisat till bl.a. ”COBRA 35/70 W”, ”Stolpinsats Fingal Johansson E77 796 78” och ”Belysningscentral typ ENSTO E-GBK 63.06 Abelko” på ett sätt som leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det har inte framkommit att hänvisningen skett på grund av att det annars inte har varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Även om så hade varit fallet har hänvisningen inte följts av orden ”eller likvärdigt”. Med hänsyn härtill anser länsrätten att kommunen brutit mot regeln om tekniska specifikationer i 6 kap. 4 § LOU.

För att ett brott mot LOU ska föranleda ett ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU krävs dock även att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Vad gäller Nelab så kan länsrätten konstatera att dess anbud tagits upp till prövning och de produkter som offererats istället för ”COBRA”, bedömts som likvärdiga av kommunen. Under sådana förhållanden har länsrätten svårt att se varför Vattenfall skulle haft en otillbörlig fördel av att den kunnat offererat en viss produkt till ett lägre pris än Nelab. Med hänsyn härtill kan länsrätten inte finna visat att Nelab utestängts från upphandlingen och lidit skada på grund av hänvisningen till ”COBRA”.

Nelab har dock gjort gällande att det med hänsyn till det besked som det erhöll från kommunen om att likvärdiga material inte skulle accepteras, i övrigt offererade de material som föreskrivits. Nelab har vidare hävdat att om kommunen hade gett uttryck för att likvärdigt material skulle accepteras så hade det varit möjligt för Nelab att även i andra delar offerera likvärdiga material som det själv hade bra inköspriser på.

Kommunen har mot detta hävdat att det framgår att Nelab utgått från att likvärdigt material skulle komma att accepteras varför skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU inte är uppfyllt. I målet har inte framkommit att kommunen upplyst Nelab om att likvärdigt material skulle komma att godtas. Enligt länsrättens mening är det inte uteslutet att Nelab i görligaste mån offererat enligt förfrågningsunderlaget och hade kunnat offerera likvärdiga material även i andra delar med lägre pris.

Nelab har dock själv anfört att det material som haft störst påverkan på priset är Scricbyte av armatur ”COBRA 35/70 W” vilket gett Vattenfall en fördel på nästan 200 000 kronor vid utvärderingen. Även i övrigt har Vattenfall vunnit upphandlingen med mycket god marginal. Länsrätten kan

därför inte finna att Nelab visat att dess möjlighet att vinna kontraktet på något sätt minskat genom att det, med undantag för ”COBRA”, offererat i enlighet med förfrågningsunderlaget. Inte heller i detta avseende finner således länsrätten att Nelab styrkt att det lidit eller kan komma att lida skada på grund av att kommunens sätt att redovisa de tekniska specifikationerna stått i strid med LOU (jämför Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 december 2009 i mål nr 2571-09). Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte på denna grund.

Inte heller i övrigt finner länsrätten att vad Nelab anfört utgör skäl för ingripande enligt LOU.

Vad gäller Sky lift gör dock länsrätten en annan bedömning, se nedan.

Sky lifts talerätt m.m.

Länsrätten kan konstatera att prövningen av frågan om Sky lifts talerätt sammanfaller med prövningen av frågan om kommunen brutit mot LOU och om detta har medfört att Sky lift lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Enligt 16 kap. 1 § LOU kan en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada ansöka om överprövning.

Begreppet leverantör omfattar varje leverantör som har haft intresse av att tilldelas kontraktet vilket innebär att även potentiella anbudsgivare i vissa fall har talerätt. En underleverantör som ansöker om överprövning i den egenskapen har dock inte talerätt (jämför RH 1999:122 och Kammarrättens i Sundsvall beslut den 15 januari 1998 i mål nr 2113-1997)).

Ett företag som deltar som underleverantör i en upphandling på grund av att företaget genom ett fel i upphandlingen inte haft möjlighet att uppträda som anbudsgivare har dock, enligt länsrättens mening, talerätt (Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, Jure Förlag AB 2009, s. 454).

Länsrätten har ovan konstaterat att det inte är förenligt med LOU att hänvisa till bl.a. COBRA på det sätt som skett. Ett fel i upphandlingen har således förekommit. Frågan är då om detta fel medfört att Sky lift inte haft möjlighet att uppträda som anbudsgivare. Sky lift har härvid gjort gällande att det var intresserat av att delta i aktuell upphandling men att detta var omöjligt eftersom kommunen i förfrågningsunderlaget föreskrivit bl.a. COBRA som Sky lift inte hade tillgång till genom sina grossister. Kommunen har själv uppgett att Sky lift faktiskt hämtat ut förfrågningsunderlaget. Det har inte framkommit att Sky lift känt till att kommunen skulle komma att godkänna likvärdiga produkter. Det är inte uteslutet att Sky lift, ensam eller i vart fall gemensamt med någon annan, kunnat lämna in anbud. Sammantaget anser länsrätten att detta, oaktat att Sky lift sedermera deltagit som underleverantör, får till följd att Sky lift har talerätt. Sky lift får även anses ha lidit eller riskerat att lida skada (jämför Kammarrätten i Stockholms dom den 28 november 2006 i mål nr 6163-06).

Med hänsyn till det ovan sagda finner länsrätten att skäl för ingripande enligt LOU föreligger och att Sky lifts ansökan om överprövning således ska bifallas. Med hänsyn till att felet hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för kommunen att fortsätta upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/IC)



Eva Beselin



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.