



**SÖKANDE**

Exoheat AB, 556733-6598  
Hallandsvägen 140  
269 36 Båstad

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Varbergs kommun  
432 80 Varberg

Ombud: Kommunjuristen Anders Eriksson  
c/o Varbergs kommun  
432 80 VARBERG

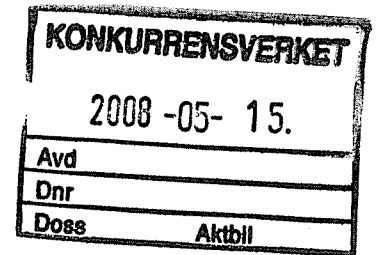
**SAKEN**

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

Varbergs kommun (kommunen) har beslutat om upphandling av entreprenad för solcellsanläggning genom förenklad upphandling enligt LOU. Kommunen har den 4 mars 2008 fattat ett tilldelningsbeslut beträffande aktuell upphandling.

Efter att Exoheat AB (Exoheat) – en av anbudsgivarna – ansökt om överprövning av upphandlingen har länsrätten den 11 mars 2008 beslutat att den tills vidare inte får avslutas.

Exoheat yrkar i första hand att länsrätten beslutar att upphandlingen skall rättas på så sätt att utvärderingen skall göras om varvid endast tilldelningskriteriet *Anläggningens toppeffekt* skall beaktas, samt att kommunen härvid utvärderar den av Exoheat angivna *Anläggningens toppeffekt* om 13,5 kWp, varvid Exoheats anbud blir det mest ekonomiskt fördelaktiga och därmed det anbud som skall antas. I andra hand yrkar Exoheat att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför Exoheat i huvudsak följande.



Dok.Id 33817

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 131 301 04 Halmstad	Södra vägen 5	035-13 29 00 E-post: lansrattenihalland@dom.se	035-21 35 62	måndag – fredag 09:00-15:00

Kommunen har utvärderat Exoheats anbud på ett felaktigt sätt. Exoheat har offererat högst/bäst toppeffekt för anläggningen (vid mätare för total sol-cellsproducerad el vid inmatningspunkt till befintligt system); 13,5 kWp. Kommunen har emellertid i tilldelningsbeslut felaktigt angett att Exoheat överhuvudtaget inte redovisat anläggningens toppeffekt. – Kommunen har i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att anbudsgivarna skall ange ”beräknad årsenergiproduktion baserat på 1 700 soltimmar per år”. Angiven Beräknad årsenergiproduktion utgör även ett av de två tilldelningskriterier som tillämpats i upphandlingen. Kommunen har inte lämnat några som helst anvisningar för hur årsenergiproduktionen skall beräknas. Årsenergiproduktion beräknas efter fastställda standarder vilka beaktar ett stort antal faktorer utöver antal soltimmar. Att beräkna årsenergiproduktion endast på grundval av ett angivet antal soltimmar är inte möjligt. Vad som avses med det aktuella tilldelningskriteriet är därmed så oklart att kriteriet överhuvudtaget inte går att tillämpa. Utvärderingen skall därför ske endast på grundval av tilldelningskriteriet *Anläggningens toppeffekt*. – För det fall kommunen endast skulle ha utvärderat kriteriet *Anläggningens toppeffekt* skulle Exoheats anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits. – De två tilldelningskriterier som kommunen tillämpat i upphandlingen är varken rangordnade eller viktade, vilket står i strid med 12 kap 2 § LOU. Ovan nämnda brister medför att upphandlingen står i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling om lika-behandling, proportionalitet och förutsebarhet. Som en följd av de brister som redovisats ovan har eller riskerar Exoheat att lida skada. *Felaktig bedömning och utvärdering av Exoheats anbud*. Av sidan 3 i tilldelningsbeslutet framgår att kommunen kommit till slutsatsen att Exoheat i sitt anbud inte redovisat anläggningens toppeffekt. Kommunens slutsats är felaktig. Av utdrag ur Exoheats anbud framgår att Exoheat på två platser i anbudet angett toppeffekten 13,5 kWp. Den angivna effekten avser givetvis just det kommunen efterfrågat; anläggningens toppeffekt (p=peak, dvs toppeffekt). Någon annan effekt har ju inte efterfrågats av kommunen. Om kommunen

inte insett att av Exoheat angiven effekt avsåg *Anläggningens topp effekt* har det i vart fall ålegat kommunen att fråga Exoheat vad den i anbudet angivna effekten avser. Detta är särskilt fallet eftersom anbudet skulle vara mer förmånligt om den angivna effekten avsåg något annat än anläggningens topp effekt. Av sidan 3 i tilldelningsbeslutet framgår att övriga anbudsgivare offererat en lägre och därmed mindre förmånlig topp effekt för anläggningen. I detta sammanhang kan noteras att kommunen utvärderat Exoheats anbud trots att kommunen funnit att anbudet saknade angiven topp effekt för anläggningen. Kommunens agerande synes besynnerligt med tanke på att angivande av topp effekt är ett kvalificeringskrav i upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att kommunen funnit att Exoheats anbud saknar redovisning även avseende andra efterfrågade uppgifter. Även i detta avseende är kommunens slutsatser felaktiga. Exoheats anbud innehåller samtliga efterfrågade uppgifter. Då kommunen inte förkastat Exoheats anbud på grund av dessa felaktiga slutsatser saknar dessa emellertid intresse för målet och kommer inte närmare utvecklas. *Oklart och felaktigt utformat tilldelningskriterium.* Som framgått av ovan har kommunen efterfrågat årsenergiproduktionen baserat på 1 700 soltimmar per år. Angiven årsenergiproduktion är ett av de två tilldelningskriterier som skall ligga till grund för utvärdering. Att beräkna årsenergiproduktion endast baserat på soltimmar är en faktor som påverkar den så kallade instrålningen som i sin tur är av avgörande betydelse för årsenergiproduktionen. En rad andra faktorer har emellertid lika stor betydelse. Exempel på sådana faktorer är när på dagen solen skiner (en soltimme när solen står i Zenit genererar betydligt mer energi än en soltimme strax före solnedgång), när på året soltimmarna är placerade (en soltimme i juli genererar betydligt mer energi än en soltimme i december), temperatur (solcellerna tappar i effektivitet ju varmare det blir), etc. Dessutom påverkas årsenergiproduktionen av en rad andra faktorer såsom solpanelens riktning, solpanelens lutning, ledningsförluster och belastning på transformatorn. – Normalt brukar jämförelsen mellan årsenergiproduktionen mellan olika solcellsanläggningar gå till på så sätt att

den upphandlande myndigheten anger ett stort antal parametrar såsom just riktning, lutning, ledningsförlust etc. Härfter anges en specifik klimatort. På marknaden finns ett antal program som med hjälp av klimatdatabaser räknar ut instrålningen per år för ett antal klimatorter i Sverige. Så har dock inte skett i det nu aktuella fallet. Tilldelningskriteriet årsenergiförbrukning är således så definierat att det är omöjligt för anbudsgivarna att veta hur de skall beräkna detsamma. Inte heller har en anbudsgivare kunnat förutse hur andra anbudsgivare kommer att beräkna sin årsenergiförbrukning. Tilldelningskriteriet saknar således all affärsmässighet och strider på ett flagrant sätt mot principen om förutsebarhet. – Då Exoheat omöjligt kunnat beräkna årsenergiproduktionen baserat på kommunens uppgifter har Exoheat istället använt sig av klimatdata för närmast tillgängliga klimatort, Göteborg, för beräkning av årsenergiproduktion. Switchpower däremot synes ha multiplicerat installerad effekt med 1 700 timmar för att erhålla beräknad årsenergiproduktion. En sådan beräkning saknar helt samband med verklig årsenergiproduktion. Tilldelningskriteriet *Beräknad årsenergiproduktion* är utformat på ett så bristfälligt sätt att det inte kan tillämpas. Kvar finns då endast ett tilldelningskriterium; *Anläggningens topp effekt*. Då Exoheat offererat den mest fördelaktiga topp effekten är Exoheats anbud det mest fördelaktiga och skall därmed antas. – Vidare framgår det av ovan att kommunen varken viktat eller rangordnat tilldelningskriterierna.

Kommunen har i yttrande till länsrätten anfört i huvudsak följande. Kommunen motsätter sig Exoheats yrkanden. Varbergs kommun har efter ansökan och tilldelning av statliga bidrag beslutat att sammanlagt avsätta 850 000 kronor för anskaffning av en solcellsanläggning som skall installeras på taket av kommunens kommunala gymnasieskola. Anläggningen är tänkt att användas i utbildningssyfte inom kurser för teknik, klimat m.m. men även såsom ett komplement för uppvärmningen av skolbyggnaderna. Upphandlingen (förfrågningsunderlaget) har därför konstruerats på ett sätt som kan uppfattas som mest producerad solcellsel som kan utnyttjas i elnä-

tet för summan 850 000 kr. Eftersom en sådan frågeställning varit omöjlig att besvara valdes istället utvärderingskriteriet ”anläggningens toppeffekt vid mätare för total solcellsproducerad el som placeras vid inmatningspunkten till fastighetens befintliga elsystem”. Som kontrollåtgärd tillades beräknad årsenergiproduktion, baserat på 1 700 soltimmar per år. (Kontrollåtgärden är enbart den angivna toppeffekten multiplicerad med 1 700 timmar). Kommunen har således inte efterfrågat en uppskattad årsproduktion utifrån kända och uppskattade klimatdata. Sådan information har inte varit avgörande för kommunens inköp av solcellsanläggningen. – Som framgår av ovan har kommunen efterfrågat anläggningens toppeffekt vid mätare för total solcellsproducerad el som placeras vid inmatningspunkten till befintligt elsystem. En solcellsanläggning producerar likström (DC). Inom solcellsbranchen är det vedertaget att diskutera en anläggnings toppeffekt utifrån hur mycket solcellsproducerad likström som anläggningen levererar. Detta på grund av att sådan uppgift är relevant för solpanelens förmåga att omvandla solljus till el (likström). För Varbergs kommun har toppeffekten av producerad likström inte varit efterfrågad utan kommunen har efterfrågat toppeffekten efter konvertering av likström till växelström (AC), eftersom det är växelström som skall matas in i det befintliga elnätet. Omvandling av likström till växelström innebär en effektförlust. Samtliga tre anbudsgivare har i sina anbud angivit den offererade anläggningens toppeffekt. Exoheat har på två ställen i sitt anbud antecknat toppeffekten, dels såsom KWp 13,5 och dels som total effekt 13,5 KWp (KWp= Kilo Watt peak). De andra två anbudsgivarna har tydligt angivit efterfrågad toppeffekt vid inmatning till befintligt elnät och såsom jämförelse toppeffekt på DC sidan, alltså toppeffekt likström innan konvertering till växelström. Fråga har härvid uppkommit om Exoheat angivit toppeffekt för likström eller av kommunen efterfrågad toppeffekt för växelström. – Samtliga tre anbudsgivare har haft vissa problem med att förstå kommunens begäran om en sammanräkning av angiven toppeffekt med 1 700 soltimmar. Denna sammanräkning är i enlighet med ovan endast tänkt som en kontrollberäkning. Ingen av anbudsgivarna

har ställt fråga till kommunen i anledning av sina betänkligheter. Två av anbudsgivarna har angivit en framräknad siffra och samtliga tre har var och en för sig, såsom alternativ, redovisat en beräkning av angiven toppeffekt multiplicerad med klimatdata för Göteborg (Mwh Göteborg). Vid denna alternativa redovisning har Exoheat redovisat det näst högsta värdet 12,1. Switchpower har redovisat det högsta värdet 12,5. Exoheats angivna toppvärde är 13,5 vilket är högre än Switchpowers angivna toppvärde för växelström 12,3, men lägre än Switchpowers toppvärde för likström 14,3. Om beräkningen av de alternativa 1 700 soltimmarna enligt Mwh Göteborg genomförts på samma sätt, måste Exoheats angivna toppvärde 13,5 vara toppvärdet för likström, i annat fall hade deras beräkning visat en högre siffra än 12,1, Mwh Göteborg. Detta sammantaget med att Exoheat inte redovisade någon beräkning på den av kommunen efterfrågade kontrollsiffran 1 700 soltimmar gjorde att kommunen beslutade att anta anbudet från Switchpower. Kommunens upphandling är inte oklar eller bristfällig. Kommunen har efterfrågat anläggningens toppeffekt för leverans av växelström. Kommunen har såsom kontrollberäkningsuppgift efterfrågat anläggningens årsproduktion vid en tänkt situation om toppeffekt över 1 700 timmar. Denna summa är i grunden densamma som den efterfrågade toppeffekten varför någon inbördes rangordning inte skall eller behöver göras.

Exoheat har härefter i yttrande anfört bl. a. följande. Exoheat noterar att kommunen delar Exoheats uppfattning att utvärderingskriteriet "Anläggningens toppeffekt" är det enda utvärderingskriterium som skall tillämpas i upphandlingen. – Det är riktigt att solcellsanläggningar producerar likström. Det är också riktigt att kommunen efterfrågat anläggningens toppeffekt efter konvertering till växelström och att denna effekt som skall läggas till grund för utvärdering av tilldelningskriteriet "Anläggningens toppeffekt". – Exoheat har avgivit anbud i enlighet med kommunens förfrågan. Kommunen har inte efterfrågat något annat än anläggningens toppeffekt vid mätare för total solcellsproducerad el som placeras vid inmatningspunkt till fastighetens befintliga elsystem (det vill säga efter konvertering till växelström).

Det är också denna fråga som Exoheat besvarat i sitt anbud. Den av Exoheat angivna toppeffekten om 13,5 KWp avser således just växelström. Som framgår av kommunens yttrande har kommunen varit osäker på om den av Exoheat angivna toppeffekten avser likström eller växelström. Med hänsyn till att endast växelström efterfrågats kan man tycka att kommunens osäkerhet varit obefogad. Under alla förhållanden kan det inte anses affärsmässigt att, såsom kommunen gjort, utgå från att en anbudsgivare svarar på något annat än vad som efterfrågats. Om kommunen haft sådana misstankar har det i vart fall ålegat kommunen att be anbudsgivaren om ett förtydligande. Kommunen anger i sitt yttrande att samtliga anbudsgivare haft problem att förstå vad kommunen avsett med sin begäran om uppgift om beräknad årsenergiproduktion baserat på 1 700 soltimmar per år. Detta är föga förvånande för Exoheat. Som framgått har kommunen inte lämnat tillräckligt med information för att en sådan beräkning skall kunna göras. På grund härav har anbudsgivarna använt sig av olika metoder vid beräkning av årsenergiproduktion. Om samtliga anbudsgivare använt sig av samma beräkningsmetoder, skulle Exoheats beräknade årsenergiproduktion ha varit den högsta (eftersom Exoheat offererat högsta toppeffekt). – Kommunen anför nu att en av orsakerna till att kommunen inte antog Exoheats anbud var att Exoheat inte redovisat någon beräkning av den efterfrågade kontrollsiffran 1 700 soltimmar. Exoheat är oklar över om kommunen menar att Exoheats anbud av denna anledning inte kvalificerats till utvärdering. Såväl tilldelningsbeslutet som vad kommunen anför i sin inlaga tyder dock på att Exoheats anbud faktiskt har utvärderats. Om kommunen menar att Exoheats anbud uteslutits på grund av att kravet på angivande av beräknad årsenergiproduktion baserat på 1 700 soltimmar per år inte uppfyllts vill Exoheat anföra följande. Anledningen till att årsenergiproduktionen inte redovisats på det sätt som kommunen efterfrågat är att det varit omöjligt att göra så. Det står givetvis i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud på grund av bristande uppfyllnad av ett krav som inte går att uppfylla. Kommunen anför nu emellertid att efterfrågad årsenergiproduktion egentli-

gen är detsamma som efterfrågad toppeffekt (toppeffekten multiplicerad med 1 700). Enligt Exoheats uppfattning är kravet alltför otydligt utformat för att kunna läggas till grund för att utesluta anbudsgivare (att kravet varit otydligt utformat framgår inte minst av att samtliga anbudsgivare tolkat kravet på olika sätt). Även om länsrätten skulle finna att kravet har den innebörd som kommunen nu gör gällande och att kravet är tillräckligt tydligt utformat, framstår det som orimligt att förkasta Exoheats anbud på grunden att Exoheat saknat denna redovisning. – Kommunen har vitsordat att endast ”Anläggningens toppeffekt” skall användas såsom tilldelningskriterium. Parterna är överens om att ”Anläggningens toppeffekt” skall avse växelström. Exoheat har offererat högst toppeffekt. Då anledning saknas att förkasta Exoheats anbud skall upphandlingen rättas på yrkat sätt, varvid Exoheats anbud skall antas.

Kommunen har härefter beretts tillfälle till yttrande men har inte hörts av.

#### DOMSKÄL

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

Enligt 16 kap 1 § 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 den paragrafen. Vidare följer av 16 kap 2 § 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.



Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som är mest fördelaktigt med utgångspunkt från en samlad bedömning av

- anläggningens toppeffekt (vid mätare för total solcellsproducerad el som placeras vid inmatningspunkt till fastighetens befintliga elsystem) och
- beräknad årsenergiproduktion, baserat på 1 700 soltimmar per år kommer att antas.

Länsrätten gör följande bedömning.

*Kriteriet anläggningens toppeffekt*

Ostridigt i målet är att bedömningen av anläggningens toppeffekt skall göras med hänsyn till anläggningens produktion av växelström. Fråga i målet är då om Exoheat har redovisat sin anläggnings toppeffekt i likström eller i växelström.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget efterfrågat anläggningens toppeffekt av produktion av växelström. Exoheat har i sitt anbud angivit anläggningens totala effekt om 13,5 kWp. Av anbudet framgår vidare att det är avlämnat i enlighet med förfrågan. Ett anbud är för anbudsgivaren en bindande viljeförklaring där anbudstagaren måste kunna förlita sig på anbudets innehåll. Med beaktande av Exoheats anbuds utformning och dess innehåll finner länsrätten vid en samlad bedömning av vad som framkommit i målet att något annat är inte visat än att den av Exoheat angivna toppeffekt avser växelström som ett direkt svar på kommunens förfrågningsunderlag. Att, såsom kommunen gjort, anta att siffran avser något annat än den av kommunen efterfrågade strider enligt länsrätten mot 1 kap 9 § LOU.

*Kriteriet beräknad årsenergiproduktion*

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50, såvitt nu är av intresse, angett bl.a. följande. Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § (numera 1 kap. 9 §). I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. – De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser att såsom en del i utvärderingen bedöma beräknad årsenergiproduktion, baserat på 1 700 soltimmar per år. Att så också skett framgår av tilldelningsbeslutet. Emellertid ger förfrågningsunderlaget inte någon ledning för hur den aktuella beräkningen skall göras. Därmed har kommunen enligt länsrätten gett sig själva i princip en fri prövningsrätt och till följd därav försvårat för anbudsgivarna att förutse vad kommunen kommer att bedöma. Den av kommunen först i efterhand presenterade förklaringen kan ifrågasättas då den ger utrymme för oklarheter och godtycke. Bristerna i förfrågningsunderlaget motverkar den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas genom LOU. Förfarandet strider därför mot nämnda lag.

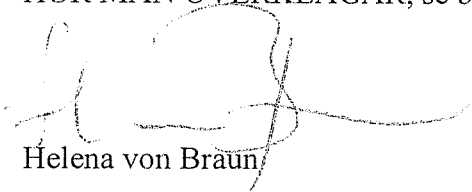
Sammantaget finner länsrätten att de ovan redovisade bristerna får anses ha medfört skada eller risk för skada för Exoheat. Bristerna som är hänförliga till förfrågningsunderlaget är av sådan art att enbart rättelse inte är tillräckligt utan upphandlingen måste göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 11 mars 2008.

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

  
Helena von Braun

/MI