



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Mikael Wiktorsson

**DOM**  
2012-10-18  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
3763-12 E  
Domare 1:2

Sida 1 (21)

### SÖKANDE

Opcon Bioenergy AB, 556493-8768  
Box 15085  
104 65 Stockholm

### MOTPART

Värnamo Energi AB, 556052-6872  
Box 2268  
331 02 Värnamo

Ombud: Advokaten Tomas Kjellgren  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 2235  
403 14 Göteborg

### SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-10-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Opcon Bioenergy AB:s ansökan om överprövning.

### BAKGRUND

Värnamo Energi AB (Värnamo Energi), ett av Värnamo kommun helägt aktiebolag, genomför en upphandling enligt LUF avseende biobränsleledad fjärrvärmeanläggning vid Värnamo Fjärrvärmeverk. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande. Samtliga tre anbudsgivare (Opcon Bioenergy AB, MW Power AB och HOTAB) gick vidare till kvalificering och utvärdering.

Dok.Id 78908

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

Genom tilldelningsbeslut den 6 juli 2012 har Värnamo Energi beslutat tilldela kontraktet till annan leverantör än Opcon Bioenergy AB (Opcon). Av tilldelningsbeslutet framgår att MW Power AB (MW Power) ansetts lämna det i upphandlingen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt utvärderingen.

#### YRKANDEN M.M.

##### Ansökan om överprövning

Opcon yrkar att upphandlingen ska göras om eller på annat sätt rättas och förbehåller sig rätten att kunna begära skadestånd enligt LUF om avtal tecknas mellan Värnamo Energi och den som har valts som leverantör enligt tilldelningsbeslutet. Opcon anger att tilldelningsbeslutet grundas på bl.a. felaktiga och missvisande utvärderingskriterier i utvärderingsrapporten och anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan:

##### *Kravspecifikation avseende termisk effekt*

Kravspecifikation eller uppdragsbeskrivning ska normalt vara utformad så exakt och precist som möjligt med prestanda- eller funktionskrav eller genom hänvisning till olika standarder. Kraven på varan eller tjänsten kan avse t.ex. egenskaper eller utförande. Den upphandlande myndigheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget. Det är inte heller tillåtet att pröva andra kriterier än de som har angetts. Ett erbjudande som inte har efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte vägas in vid valet av leverantör.

MW Powers lösning uppfyller inte kravet på levererad termisk effekt till fjärrvärmenätet vid turbindrift (rökgaskondensering exkluderad). Kravet enligt anbudsfrågan är "ca 15 MW<sub>th</sub>" och MW Power levererar endast 13,4 MW<sub>th</sub>. Kravet finns definierat i anbudsfrågan och dess PM 1. MW Powers avvikelse är i detta sammanhang att betrakta som en större avvi-

kelse och bör inte rymmas i ordet ”cirka”. Tekniska specifikationer ska vara utformande så exakt och precist som möjligt. Opcon ifrågasätter också om en avvikelse om 10,7 % kan accepteras vid en sådan här upphandling. 15 MW<sub>th</sub> var ett krav i ursprungsförfrågan när anläggningen som efterfrågades var en värmeanläggning. I fallet kraftvärmeverk var kravet 15 MW<sub>th</sub> + 3 MW<sub>e</sub>. Kraven ändrades sedan i PM 1 till att vara ca 15 MW<sub>th</sub> och Opcon hade sedan tidigare tillåtelse att offerera <3 MW<sub>e</sub>. Vidare har Opcon uppfattat det som att 15 MW<sub>th</sub> värme har hög prioritet då komplettering med ny värmeanläggning är påkallat av värmebehovet och inte av elproduktionsskäl.

#### *HOTAB:s anbud*

Det bolagets pris har använts i jämförelsen trots att detta pris är en extrem avvikelse baserat på en leverans som inte överensstämmer med anbudsfrågan. Anläggningen har en panneffekt av 20 MW<sub>th</sub> och en elgenereringseffekt av 5 MW<sub>e</sub>. Kravet på elgenerering enligt förfrågan är endast ca 3 MW<sub>e</sub>, varför det ifrågasätts om HOTAB:s anbud är jämförbart med övriga anbud. HOTAB:s anbud borde inte varit med i utvärderingen och då hade Opcons lägre pris vägt tyngre gentemot MW Powers högre, dvs. MW Powers anbud hade fått färre poäng.

#### *Grunder för utvärdering*

Den upphandlande myndigheten/enheten ska ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas, antingen (i) lägsta pris eller (ii) det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Angående det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska de kriterier som används för att göra urskilningen anges, s.k. utvärderingskriterier, såsom kvalitet, driftskostnader, pris eller miljöegenskaper. Dessa kriterier ska viktas eller rangordnas. Inga andra kriterier än de som har angetts i förfrågningsunderlaget får ligga till grund för utvärderingen av anbud.

I PM för anbudsgivare sägs vid prövning av anbud: "Beställaren kommer att anta det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt och anbudet kommer att värderas i nämnd ordning och efter nedanstående kriterium." (OBS nedanstående kriterium, dvs. inget annat).

Det första kriteriet är "Pris (vid likställda anbud) inklusive räntekostnader enligt nedan. Viktning 55 %". Om anbuden inte är likställda, är det då så att 55 % faller bort helt eller fördelas de på de övriga och i så fall med hur mycket på varje? Var går gränsen för vad som anses vara "lika anbud"? Det är mycket oklart vad som gäller. Nästa kriterium är "Driftsekonomi baserad på tillgänglighet, verkningsgrad, miljöprestanda, teknisk livslängd. Viktning 25 %". Det är alltså enligt ordalydelsen dessa som är de enda kriterierna för Driftsekonomi och inte tillägg som tillkommit vid utvärderingen.

Enligt LUF är det inte tillåtet att pröva andra kriterier än de som har angetts, dvs. enligt ordalydelsen och inte vad en leverantör skulle underförstått ha förstått, vilket i sig (om det var tillåtet) skulle skapa olika uppfattningar bland leverantörerna. Resultatet av dessa oklarheter har gjort att det blivit mycket stor skillnad mellan offerterna och leverantörerna har inte kunnat konkurrera på lika villkor.

#### *Utvärdering avseende driftsekonomi*

I utvärderingsrapporten framgår att utvärderingskriteriet Driftsekonomi är baserat på bl.a. Elproduktion. Detta har inte omnämnts i förfrågningsunderlaget och bör därför vara uteslutet i utvärderingen. Under anbudstiden har Opcon frågat om elpris men denna fråga blev aldrig besvarad. Detta tolkades som om elproduktion var av underordnad betydelse och priset viktigare. Om Opcon hade blivit informerat om detta utvärderingskriterium, hade de valt att offerera en större elenhet. Vidare är övriga utvärderingskriterier i Driftsekonomi inte redovisade i förfrågningsunderlaget.

Bränslepris, elpris och avskrivningens längd om 20 år är inte redovisat i förfrågningsunderlaget.

Då utvärderingen nu i efterhand har antagit ett högt elpris samt lång avskrivningstid, gynnar detta MW Powers anbud på ett ofördelaktigt sätt gentemot Opcons anbud. I utvärderingen av Driftsekonomi har Värmeproduktion exkluderats, trots att denna upphandling rör en kraftvärmeanläggning, där huvuddelen av driftsekonomi är relaterad till värmeproduktion. Det finns inget angivet i förfrågningsunderlaget att denna exkludering skulle göras. Förfrågan har istället specificerat att anläggningen ska designas för att optimera driftsekonomi för värmeproduktion med hjälp av rök-gaskondensering. Det naturliga vore därför att utvärdera den totala driftsekonomi, där även värmeproduktion ingår för anläggningen. Effekten av att exkludera driftsekonomi för värmeproduktion, vilket nu har gjorts, är att Opcons anbud kraftigt missgynnas i jämförelse med MW Powers respektive HOTAB:s anbud.

#### *Utvärdering avseende referensanläggningar*

Referensanläggningar som angetts av Opcon har undanhållits vid utvärderingen. Opcon har ett stort antal referenser på biobränsleeldade anläggningar samt två referensanläggningar för Hetolja-ORC under uppstart: Girvan i Skottland startas måndag i vecka 29 och Falköping startas i september. Dessutom har Opcons underleverantör Turboden ca 250 referenser som borde ha beaktats. Sammantaget borde detta resulterat i högre poäng för Opcons anbud. Referensen Land-Energy i Girvan, Skottland, har åberopats vid anbudsgenomgång liksom underleverantören Turbodens 250 referenser worldwide.

#### *Anbudspris*

MW Power har lämnat en budgetoffert för det som de har tilldelats. I deras Proposal letter sägs t.ex. ”The price is budgetary only within accuracy of +- 10 % på 16 400 000 EUR”, dvs. inte det fasta pris som krävs enligt PM

för anbudsgivare. Vidare ska det fasta priset anges i svensk valuta. MW Power har i sitt Proposal letter angett EUR. MW Power har även felat när bolaget säger att kontraktetspriset fixeras vid aktuell kurs på kontraktetsdagen, när PM:et säger utan indexreglering och utan valutaklausul. Det anges också i handling den 28 juni 2012 (MW Powers Mötesanteckningar No 3; *förvaltningsrättens anm.*) följande: "Tisdag kväll 19/6-12 MWP återkommer med kompletterande information och uppdaterat pris baserat på ursprungsofferten. P3: Ovanstående förändringar och tillägg medför inte någon korrigerande av anbudspriset." Denna information är inte med, vilket gör att Värnamo Energi har tagit ett tilldelningsbeslut baserat på en budgetoffert som inte följer kraven i PM för anbudsgivare.

#### *Sammanfattning*

Sammanfattningsvis kan sägas att Opcon inte delar Värnamo Energis sammanfattningar eller dess subjektiva slutsatser. Kvarstår att LUF och dess intentioner för likabehandling m.m. och krav på tydliga och klara uppgifter avseende tekniska specifikationer tillika kriterium inte har beaktats i denna upphandling. Vidare att Värnamo Energi har frångått sina krav i anbudsförfrågan vad gäller MW Powers budgetoffert. Därmed kvarstår Opcons yrkande på att upphandlingen bör göras om eller på annat sätt rättas till.

#### Motpartens inställning

Värnamo Energi bestrider bifall till Opcons yrkande och anför bl.a. följande. Värnamo Energi har efterlevt LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna vid genomförandet av upphandlingen. I anbudsförfrågan har angetts hur anbuderna skulle utvärderas och hur de angivna utvärderingskriterierna skulle viktas mot varandra. Värnamo Energi har i anbudsförfrågan redogjort för de kriterier som ska ligga till grund för utvärderingen av anbuderna i upphandlingen, varav pris har utgjort ett utvärderingskriterium och driftsekonomi har utgjort ett annat. I anbudsförfrågan har vidare

uttryckligen angetts att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas. Värnamo Energi har därefter genomfört anbudsutvärderingen utifrån de kriterier som har ställts upp i anbudsfrågan. Opcons påstående, så som Värnamo Energi har uppfattat detta, att det i anbudsfrågan inte har klargjorts om tillämpat kriterium för tilldelning av kontrakt har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta pris är mot denna bakgrund såväl svårbegripligt som felaktigt. Sammanfattningsvis saknas grund för ingripande enligt LUF i denna del.

*Kravspecifikation avseende termisk effekt*

MW Power uppfyller kravet på levererad termisk effekt. I enlighet med vad som framgår av tilldelningsbeslutet har Värnamo Energi inbjudit anbudsgivare att lämna anbud på leverans av ett nytt värmeverk, alternativt ett kraftvärmeverk. I anbudsfrågan har angetts att den aktuella installationen omfattar en ny fastbränsleeldad hetvattenpanna med en termisk effekt om cirka 15 MW<sub>th</sub> (värmeverk), alternativt panna med avgiven termisk effekt om cirka 15 MW<sub>th</sub> plus rökgaskondensering med turbin för elproduktion med en elektrisk effekt om cirka 3 MW<sub>e</sub> (kraftvärmeverk). I kompletterande anbuds-PM 1 daterad den 20 januari 2012, har uppgetts att angiven termisk effekt avser cirka 15 MW<sub>th</sub>, värme exklusive värmeeffekt från rökgaskondensering. Vidare har angetts att den elektriska effekten för det senare kraftvärmeverksalternativet ska vara cirka 3 MW<sub>e</sub>.

Opcon har gjort gällande att MW Power inte har uppfyllt kravet på en avgiven termisk effekt om cirka 15 MW<sub>th</sub> (rökgaskondensering exkluderad) genom att offerera en effekt om 13,4 MW<sub>th</sub>. Av skäl som anges nedan är Opcons påstående felaktigt. Inledningsvis ska noteras att det framgår klart och tydligt av såväl anbudsfrågan som anbuds-PM 1 att den angivna effektuppgiften är en ungefärlig uppgift. Syftet bakom att ange en ungefärlig uppgift har varit att öppna för en större konkurrens mellan anbudsgivarna genom att låta dessa offerera utifrån sina respektive kalkyler där en avvägning mellan en värmeoptimering vid cirka 15 MW<sub>th</sub> i förhållande till

en eloptimering vid cirka 3 MW<sub>e</sub>, har gjorts. Värnamo Energi har således inte velat "låsa" anbudsgivarna vid exakta effektuppgifter. Det sagda styrks också av att Värnamo Energi inte har markerat effektuppgiften som ett ska-krav. Att MW Power i sitt anbud har offererat en termisk effekt om 13,4 MW<sub>th</sub>, en avvikelse om lite drygt 10 % från en termisk effekt om 15 MW<sub>th</sub>, får därvid anses inrymmas inom denna ungefärliga effektuppgift. Då effektuppgiften heller inte har markerats som ett ska-krav i upphandlingen har Värnamo Energi saknat fog för att utesluta MW Powers anbud från utvärdering i enlighet med de kriterier som har fastställts i anbudsförfrågan.

#### *HOTAB:s anbud*

Opcon har vidare i ansökan om överprövning gjort gällande att HOTAB:s anbud rätteligen inte borde ha utvärderats. I enlighet med det som har redogjorts för i närmast föregående avsnitt har den angivna effektuppgiften varit ungefärlig. Uppgiften har heller inte markerats som ett obligatoriskt ska-krav i upphandlingen. I upphandlingen har samtliga anbudsgivare, inklusive HOTAB, befunnits ha offererat en kraftvärmeverksanläggning med effekter som ligger väl i linje med den i anbudsförfrågan angivna ungefärliga effektuppgiften. Värnamo Energi har mot denna bakgrund saknat fog för att utesluta HOTAB:s anbud från utvärdering i enlighet med de kriterier som har fastställts i anbudsinvjudan. Sammanfattningsvis kan konstateras att skäl har saknats för Värnamo Energi att utesluta HOTAB från utvärdering i upphandlingen på den grunden att HOTAB har offererat en termisk effekt om 20 MW<sub>th</sub> respektive en elektrisk effekt om 5 MW<sub>e</sub>.

#### *Grunder för utvärdering*

Varken LUF eller det bakomliggande EU-direktivet uppställer några krav på vilka utvärderingskriterier den upphandlande enheten ska ställa upp och tillämpa eller hur anbudsutvärderingen ska genomföras. Om tilldelning sker utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska dock de utvärderingskriterier den upphandlande enheten avser att tillämpa anges i annon-



sen om upphandling eller förfrågningsunderlaget, vilket i förevarande fall också har gjorts. Det uppställs heller inte något krav på hur viktning och poängsättning av omständigheter som tillmäts betydelse ska framgå av förfrågningsunderlaget.

De utvärderingskriterier som har angetts har varit objektiva och förutsebara och funnits tillgängliga för samtliga anbudsgivare under hela anbudsstiden. Bedömningen av anbudsgivarnas anbud har skett på grundval av de i anbudsfrågan angivna utvärderingskriterierna och i övrigt i enlighet med vad som följer av LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna.

#### *Utvärdering avseende driftsekonomi*

När det gäller grunderna för utvärdering av kriteriet Driftsekonomi har dessa varit objektiva och förutsebara på så vis att dessa grunder framgått av anbudsinvjudan. Delposten Elproduktion har utvärderats som en del av Driftsekonomi, eftersom elproduktion (elkreditering) utgör en väsentlig anledning till att välja kraftvärme framför andra fjärrvärmeanläggningsformer, och därför utgör en viktig del av utvärderingskriteriet Driftsekonomi. Något nytt utvärderingskriterium har således inte tillkommit utan Elproduktion utgör en naturlig del av utvärderingskriteriet Driftsekonomi, eftersom denna delpost i väsentlig mån påverkar driftskostnaden för anläggningen. Detta måste, enligt Värnamo Energis uppfattning, ha framstått som självklart för samtliga anbudsgivare i upphandlingen. I sammanhanget bör också påpekas att frågan om elproduktion kommer att utgöra en faktor vid beräkningen av driftsekonomi har varit föremål för ingående diskussioner mellan Opcon och Värnamo Energi under de förhandlingar som har genomförts efter anbudsgivningen. Utifrån dessa diskussioner har Opcon också beretts tillfälle att revidera sina kalkyler i upphandlingen. Mot denna bakgrund måste Opcon ha förstått att elproduktion skulle komma att utgöra en faktor i beräkningen av driftsekonomi. Opcons påstående om det motsatta ter sig därför svårbegripligt. Någon negativ särbehandling av Opcon i det aktuella avseendet har således inte förelegat.

Opcon har vidare anfört att posten Värmeproduktion inte har inkluderats i utvärderingskriteriet Driftsekonomi. Detta påstående är felaktigt. Syftet med den nya anläggningen är att den ska producera värme med lägre kostnad än med nuvarande pannor och bränslen. Av utvärderingsrapporten framgår vidare att bränslekostnaderna har beräknats för samtliga tre anbudsgivare. Beräkningen av värmeproduktionskostnaderna har skett utifrån de produktionsdiagram som har tagits fram för de tre offererade anläggningarna om de "stoppas" in i det befintliga fjärrvärmesystemet. Den totala produktionskostnaden för värme och el samt intäkterna från el har beräknats. Hänsyn har även tagits till internt använd el i värme- och elproduktionen. Att exkludera kostnaderna för värmeproduktion från en sådan total kostnads kalkyl är mot denna bakgrund uteslutet. Opcons påstående i denna del är alltså helt felaktigt.

Beträffande Opcons påstående att de bränslepriser, elpriser och den avskrivningslängd som har använts vid beräkningen under utvärderingskriteriet kan konstateras att dessa värden är helt normala värden som funnits tillgängliga för samtliga anbudsgivare. Det rör sig således om rimliga antaganden som anbudsgivaren själv har haft att göra vid upprättandet av anbudsgivarens kalkyler inför anbudsgivning. Vad gäller bränslepriserna (avseende bränslena biobränsle, olja, bioolja, gasol samt med hänsyn taget till skatterestitution) har dagspriser i Värnamo under utvärderingsperioden använts. Dessa priser har varit lika för alla anbudsgivare. Vad gäller elpriset har detta beräknats utifrån aktuella terminspriser för råkraft och elcertifikat för elperioden 2013-2017 (elområde 4) med hänsyn taget till nätkreditering. Även i denna del har priserna varit lika för alla anbudsgivare. Slutligen, vad gäller avskrivningslängden, har denna angetts utifrån den sedvanliga bokföringsmässiga avskrivningslängden för anläggningar av aktuellt slag. Detta värde har också tagits upp i Värnamo Energis egen investeringskalkyl. Det rör sig således inte om något anmärkningsvärt fiktivt värde utan om en beräknad normal teknisk livslängd som har varit samma för samtliga anbudsgivare. Det kan alltså konstateras att samma värden

avseende bränslepriser, elpriser samt avskrivningslängd har använts i utvärderingen för samtliga anbudsgivare. Någon negativ särbehandling av Opcon i det aktuella avseendet har således inte förelegat.

Vad gäller underkriteriet Driftsekonomi har det i förfrågningsunderlaget preciserats att detta är baserat på faktorerna tillgänglighet, verkningsgrad, miljöprestanda och teknisk livslängd. Utvärderingen av anbuden har också skett helt enligt dessa förutsättningar och på ett likabehandlande sätt mellan anbudsgivarna. I förhandlingarna med anbudsgivarna har även nyssnämnda faktorer varit föremål för diskussion. Det har därmed åvilat Opcon att, utifrån given information i upphandlingen, erbjuda sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Det bör i detta sammanhang särskilt poängteras att Opcons anbud, vid en jämförelse med MW Powers anbud, erbjuder en lägre eller likvärdig kvalitet avseende samtliga de beskrivande faktorer som är kopplade till underkriteriet Driftsekonomi.

Sammanfattningsvis har Värnamo Energi genomfört anbudsutvärderingen under kriteriet Driftsekonomi i enlighet med LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Mot denna bakgrund saknas grund för ingripande enligt LUF även i denna del.

#### *Utvärdering avseende referensanläggningar*

Beträffande utvärdering av kriteriet Referensanläggningar av liknande typ och storlek har även denna skett på grundval av det i anbudsförfrågan angivna kriteriet och i övrigt i enlighet med vad som följer av LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Opcon har i ansökan om överprövning påstått att referensanläggningar som åberopats av Opcon har undanhållits vid anbudsutvärderingen. Av Opcons anbud framgår emellertid endast att Opcon i anbudet som referens åberopar "Vår leverans till Falköping.". Några andra referenser har Opcon inte åberopat. Värnamo Energi har således agerat helt i enlighet med LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna då man inte utvärderat sådana icke åberopade referen-

ser. I sammanhanget bör emellertid påpekas att Opcon i sitt anbud har åberopat referenser för en anläggning som ännu inte är i drift, varför Opcons anbud värderats lägre än den vinnande anbudsgivaren MW Power, som har åberopat ett stort antal referenser i drift avseende den offererade anläggningen, i denna del. Således har Opcon i denna del fått en lägre poäng än MW Power.

#### *Påståendet om skada*

För att ett ingripande enligt 16 kap. LUF ska komma ifråga krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF, även att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Det åligger den förfördelade leverantören att styrka sitt påstående om att den har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Opcon har inte visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada på grund av det sätt på vilket Värnamo Energi har genomfört upphandlingen, eftersom denna har genomförts med beaktande av LUF och de grundläggande EU-rättsliga principer som gäller vid offentliga upphandlingar. Ett ingripande enligt 16 kap. LUF kan därför inte heller av denna anledning komma ifråga. Opcons ansökan om överprövning ska till följd av detta avslås.

#### *Likställda anbud och anbudspris*

Vad gäller Opcons påståenden rörande vald utvärderingsmodell bör slutligen påpekas att uttrycket "vid likställda anbud" helt enkelt innebär att anbuden, för att uppnå likabehandling mellan anbudsgivarna, självfallet måste nollställas innan prisutvärderingen sker. Värnamo Energi har också i enlighet härmed säkerställt att anbuden fullt ut uppnår krävd funktionsnivå på efterfrågad anläggning och i övrigt innehåller sådana kommersiella villkor att de kan jämföras innan en prisutvärdering genomförs. Såväl MW Powers som Opcons anbud uppfyllde sådant krav på innehåll innan respektive anbudsgivares anbud prisutvärderades. Eftersom Opcon inte synes ha

några invändningar mot prisutvärderingen som sådan är Värnamo Energi oförstående inför bolagets påståenden i denna del. Opcons anbud erbjuder en lägre kvalitet avseende verkningsgrad och miljöprestanda samt likvärdig kvalitet avseende tillgänglighet och teknisk livslängd jämfört med MW Powers anbud.

Vad gäller framförd invändning rörande anbudspris har Värnamo Energi i enlighet med det som angetts i utvärderingsmodellen och i syfte att säkerställa likabehandling vinnlagt sig om att samtliga anbud i upphandlingen är nollställda avseende bl.a. kommersiella villkor inför slutlig anbudsutvärdering. Alla de anbud som har varit föremål för sådan anbudsutvärdering har således vara prissatta i SEK utan vare sig valutaklausul eller indexreglering under kontraktstiden. Såvitt Värnamo Energi uppfattar det har inte heller Opcon någon avvikande uppfattning i detta hänseende.

Med hänsyn till att det förelegat behov att förhandla med samtliga anbudsgivare i upphandlingen för att innehållet i deras anbud skulle uppnå lämplig kravnivå avseende kommersiella och funktionella krav samt pris har det enligt Värnamo Energi, sedan de skriftliga anbuden kommit in, förelegat legalt utrymme att i enlighet med 4 kap. 2 § punkten 1 LUF genom förhandling se till att anbuden fått sådant efterfrågat innehåll.

Värnamo Energi har vid beskriven hantering under upphandlingen tillsett att full likabehandling uppnåtts mellan anbudsgivarna och därigenom också att vald anbudsgivare uppfyller samtliga uppställda krav utan att någon väsentlig avvikelse förekommer i dess anbud ställt mot de krav som anges i det tillhandahållna upphandlingsunderlaget. Någon grund för begärd åtgärd med hänsyn till innehållet i det av MW Powers slutligt utvärderade anbudet kan under dessa förutsättningar inte föreligga enligt LUF.

### *Sammanfattning*

Värnamo Energi har i alla avseenden följt LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna vid genomförandet av upphandlingen. Enligt Värnamo Energis mening ska Opcons ansökan om överprövning avslås i enlighet med följande sammanfattande grunder. – För det första har Värnamo Energi i anbudsförfrågan redogjort för de underkriterier som ska ligga till grund för utvärderingen av anbuderna i upphandlingen däribland Driftsekonomi och Referenser. – För det andra har Värnamo Energi genomfört anbudsvärderingen av Opcons och övriga anbudsgivares anbud avseende underkriterierna Driftsekonomi respektive Referenser i enlighet med LUF och de grundläggande EU-rättsliga principerna. – För det tredje har det saknats grundad anledning för Värnamo Energi att utesluta anbudsgivare i upphandlingen på grund av i förfrågningsunderlaget ungefärligt angivet krav rörande termisk effekt. – För det fjärde har Värnamo Energi haft skäl att medelst förhandling i enlighet med reglering i LUF tillse att samtliga anbudsgivares anbud uppnått tekniska och kommersiella krav innan tilldelning av kontrakt skett. Om en annan ordning skulle gälla kan i vart fall Opcon, på grund av brister i dess anbud, inte påvisa någon skada till följd av påstådda överträdelser av LUF.

### **DOMSKÄL**

#### Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

I 11 kap. 9 § LUF anges att en upphandlande enhet vid selektivt eller förhandlat förfarande ska välja ut eller utesluta leverantörer enligt de kriterier

och grunder som enheten angett och gjort tillgängliga för berörda leverantörer.

Av 16 kap. 4 § LUF (1 § före 2011-11-01) framgår följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör

I 16 kap. 6 § första stycket LUF (5 § före 2011-11-01) anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

#### Utredningen i målet

Värnamo Energi har enligt LUF inbjudit anbudsgivare att lämna anbud på leverans av ett nytt fjärrvärmeverk. Efter att anbudstiden löpt ut har de olika alternativen och deras kostnadsram presenterats för Värnamo Energis styrelse som därvid beslutat att gå vidare med alternativet Kraftvärmeverk. I anbudsfrågan anges bl.a. följande:

Tekniska specifikationer:

#### KONTRAKTSBILAGA 4.1 ORIENTERANDE BESKRIVNING

##### Installationer

Den aktuella installationen omfattar en ny fastbränsleeldad hetvattenpanna på 15 MW alternativt option på ångpanna med avgiven effekt på ca 15 MW värme + rök-gaskondensering med option på turbin för elproduktion på ca 3 MW.

Av kompletterande information i Anbuds PM 1, daterat den 20 januari 2012 lämnas förtydligande avseende område "Effekt", innebärande att angiven effektuppgift avser ca 15 MW värme samt värmeeffekt från rök-gaskondensering. Vidare framgår att

inom ramen för optionen är kravet att den elektriska effekt som kan tas ut under förutsättning att värmeeffekterna ovan kan produceras.

PM FÖR ANBUDSGIVARE s. 4

Prövning av anbud

Beställaren kommer att anta det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt och anbudet kommer att värderas i nämnd ordning och efter nedanstående kriterier:

<u>Kriterium</u>	<u>Viktning</u>	<u>Poäng</u>
Pris (vid likställda anbud) inklusive räntekostnader enligt nedan	55 %	0-5
Driftsekonomi baserad på tillgänglighet, verkningsgrad, miljöprestanda, teknisk livslängd	25 %	0-5
Referens anläggningar av liknande typ och storlek	10 %	0-5
Kompabilitet med befintlig utrustning	5 %	0-5
Leveranstid/-säkerhet tillsammans med planering av entreprenadens genomförande och lämnade garantier	5%	0-5

De anbud som får högsta poäng vid utvärderingen kommer att antas.

Vid utvärdering av anbud kommer ränta på samtliga betalningsrater som utbetalas före övertagandet att beräknas för respektive anbudsgivare.

Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud.

### Förvaltningsrättens bedömning

#### *Allmänt om kravspecifikation och uppdragsbeskrivning*

Vid överprövningar av offentliga upphandlingar måste förvaltningsrätten utgå ifrån att den upphandlande myndigheten själv har bästa förutsättningar att utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbudet under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Underlåtenheten från en upphandlande myndighet att följa uppställda krav i förfrågningsunderlaget kan innefatta brott mot principen



om likabehandling och transparens. Att utesluta den anbudsgivare som uppfyller kraven strider också mot samma bestämmelser och principer.

I anbudsförfrågan ska den upphandlande myndigheten beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten ställer. Den upphandlande myndigheten utformar förfrågningsunderlaget utifrån de krav myndigheten har. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Mot bakgrund av det redovisade gör förvaltningsrätten följande bedömning avseende de punkter som överprövningen avser.

*Krav på levererad termisk effekt*

Opcon har gjort gällande att MW Power genom att offerera en termisk effekt om 13,4 MW<sub>th</sub> inte uppfyller det i förfrågningsformuläret angivna kravet på 15 MW<sub>th</sub>. Det framgår varken av anbudsförfrågan eller av kontraktstillagor att den angivna effekten ska anses utgöra ett ska-krav. Den komplettering Värnamo Energi har lämnat i anbuds PM 1 den 20 januari 2012 bekräftar även att den tekniska specifikationen avseende effekt inte ska tolkas på sådant sätt. Värnamo Energi har på liknande sätt angett att den angivna effekten på turbin för elproduktion ska utgöra ca 3 MW<sub>e</sub> och för båda angivna effekterna godtagit värden som avviker från dessa från olika leverantörer. Eftersom anbudet har bedömts och godtagits efter i aktuella hänseenden likartade bedömningar har de krav som följer av likabehandlingen uppfyllts (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 924-12). Förvaltningsrätten finner att det vid sådant förhållande inte finns grund för ingripande med stöd av LUF i detta avseende.

*HOTAB:s anbud*

Opcon har anfört att HOTAB:s anbud inte borde varit med i utvärderingen då det pris som tagits upp i denna grundar sig på en offererad anläggning vars pann- och elgenereringseffekt på ett markant sätt överstiger värdena i anbudsfrågan. Förvaltningsrätten finner att det är upp till varje leverantör att genom egna beräkningar lämna ett konkurrenskraftigt anbud utifrån det som framkommer av anbudsfrågan. HOTAB har utifrån dessa uppgifter valt att offerera en kraftvärmeverksanläggning där effekterna överstiger de angivna effekterna. Värnamo Energi har beträffande dessa effekter klargjort att dessa ska uppfattas som ungefärliga och godtagit anbud där effekterna såväl understigit som överstigit de angivna värdena. HOTAB kan därigenom inte anses ha lämnat ett anbud som inte har efterfrågats. Med beaktande härav finner förvaltningsrätten inte grund för ingripande enligt LUF på denna grund.

*Utvärdering avseende driftsekonomi*

Av anbudsfrågan framgår att Värnamo Energi kommer att anta det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt och att anbuden kommer att rangordnas efter angivna kriterier. Opcon har i detta avseende gjort gällande att det inte har framgått av förfrågningsunderlaget att posten Elproduktion utgjort en del av utvärderingskriteriet Driftsekonomi samt att posten Värmeproduktion inte inkluderats i denna. Därutöver har även anförts att det saknats uppgifter om bränslepris, elpris och avskrivningslängd i förfrågningsunderlaget.

Enligt EU-domstolens praxis får de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som de ämnar tillämpa på villkor att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att det inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundlägg-

gande principer som följer av gemenskapsrätten (se avgörandet C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH p. 37-38).

Principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Av detta följer att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de ska behandlas lika när anbuden prövas. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se avgörandet C-19/00 SIAC Construction Ltd).

Vid bedömning av den utvärderingsmodell som Värnamo Energi har tillämpat måste beaktas att syftet med lagstiftningen är att förhindra att allmänna medel används på ett otillbörligt sätt för att t.ex. diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn. Av EU-domstolens uttalande understryks att det ska vara fråga om objektiva kriterier och att dessa ska kunna förstås och tolkas på ett enhetligt sätt. Det understryks också att kriterierna ska säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna och EU-rätten inte träds förnär.

Att utvärderingskriteriet Driftsekonomi måste vara föremål för beräkningar och att det i denna post även ingår delposter för att kunna fastställa ett värde måste vara uppenbart. Vid sådana beräkningar måste det även lämnas ett visst utrymme för den upphandlande enheten att använda sig av kalkyler utan att dessa i detalj specificeras förutsatt att de grundar sig på relevanta och förutsägbara omständigheter inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Vad avser den ifrågasatta posten Elproduktion borde det vid ett rimligt antagande från anbudsgivarna ha stått klart för dem att denna post skulle komma att ingå som en del i beräkningen av utvärderingskriteriet Drifts-

ekonomi då denna del har betydelse för driften av anläggningen. Efter det som har anförts om de förhandlingar som genomförts mellan Opcon och Värnamo Energi borde det inte ha förelegat några oklarheter i detta avseende.

Vad avser övriga åberopade omständigheter vid beräkning av posten Driftsekonomi framgår det att värmeproduktionen har beaktats samt att de priser och avskrivningslängder som använts utgör värden som inte avviker från vad som kan anses vara normala värden vid denna typ av beräkningar och som anbudsgivarna kunnat utgå ifrån. Med beaktande av det anförda finner förvaltningsrätten inte grund för ingripande genom LUF på denna grund.

#### *Utvärdering avseende referensanläggningar*

Av Offert nr 11-126 SE Värnamo Energi s. 2 framgår att Opcon som referens har angett "Vår leverans till Falköping". Opcon har därutöver anført att det vid anbudsgenomgång åberopats ytterligare referenser bl.a. till anläggningar hänförliga till underleverantören Turboden. Värnamo Energi har i utvärderingsrapporten angett att det saknas referenser för anläggningar i drift, men att det dock finns referenser för anläggningar för förbränningsugn och OCR-aggregat för sig. Detta ska jämföras med vinnande anbuds referenser där det har framkommit att det funnits egna anläggningar i drift motsvarande den offererade anläggningen. Opcon har i denna del tilldelats tre poäng vilket tyder på att hänsyn även tagits till det Opcon åberopat vid anbudsgenomgången. Det finns därför inget som visar att det under dessa omständigheter är fråga om en negativ särbehandling av Opcon. Med beaktande av det redovisade finner förvaltningsrätten inte grund för ingripande enligt LUF på denna grund.

*Anbudspris*

Värnamo Energi har i yttrande uppgett att alla anbud som har utvärderats har varit prissatta i SEK och utan såväl valutaklausul som indexreglering under kontraktstiden. Utöver MW Powers Proposal letter, som tycks ha varit bolagets ursprungliga offert, finns bland de handlingar som Opcon har åberopat i målet även en offert på svenska med pris i SEK och utan någon form av klausul. Som har antecknats i det sammanträdesprotokoll som Opcon har hänvisat till har detta anbudspris gällt, även om det synes ha funnits grund för omräkning. Grund för ingripande enligt LUF bedöms därmed inte föreligga.

*Övrigt*

Det som Opcon i övrigt har anfört visar inte att upphandlingen strider mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller mot någon bestämmelse i LUF. Opcons ansökan om överprövning ska avslås.

Fråga om skadestånd prövas inte av förvaltningsdomstol och det Opcon har framfört avseende sådant föranleder ingen handläggning i målet.

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

  
Lena Schön-Barkestam



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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 vartill 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.