



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-03-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
30674-13

Sida 1 (7)

SÖKANDE

ÅSAB Energi AB, 556418-7093
Industrivägen 15
171 48 Solna

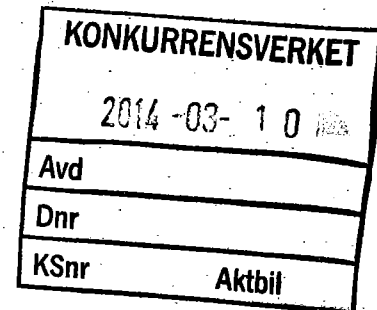
Ombud: Advokat Peter Degerfeldt och advokat Therese af Jochnick
Landahl Advokatbyrå AB
Box 19143
104 32 Stockholm

MOTPART

Danderyds kommun
Djursholms slott
182 05 Djursholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 446764

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Danderyds kommun (kommunen) genomför en upphandling av installation av bergvärme i Norrängsgårdens tennishall. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. I tilldelningsbeslut den 6 december 2013 meddelade kommunen att BGE Värmepumpar AB:s (BGE) anbud antagits.

ÅSAB Energi AB (ÅSAB) yrkar, såsom talan slutligen utformats, att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Fel i upphandlingen har begåtts vid utvärderingen av BGE:s anbud gällande energikalkylen. I rambeskrivning *rör* uppställer kommunen skall-krav för upphandlingen vilka bl.a. utgörs av energikalkyl utvisande energibesparingen. Kommunen har uppställt ett antal tekniska förutsättningar – värden – som ska ligga till grund för energikalkylen. De tekniska förutsättningarna utgör krav på värden för bl.a. temperaturer, energivärden och bullergränser. De olika värdena får betydelse för att anläggningen dimensioneras rätt, uppnår förväntad kapacitet och energibesparing. Bl.a. ska värmeeffektbehovet på anläggningen vara 150 kW samt årsmedeltemperaturen i borrhålet uppgå till 2°C. I BGE:s anbud ligger dock ovannämnda två värden inte till grund för energikalkylen. BGE har som värmeeffektbehov angivit värdet 86,8 kW istället för 150 kW samt 1,6 °C brinetemperatur medel istället för 2°C. BGE:s anbud står således i strid med uppställda skall-krav i förfrågningsunderlaget. De felaktiga värdena i kalkylen leder till att övriga framräknade värden i kalkylen, såsom t.ex. borrhålsdjupet blir missvisande. Enligt BGE:s anbud anges borrhålsdjupet (totalt aktivt borrhåll) till 1 571 m. Med angivande av rätt värden i BGE:s kalkyl skall djupet på borrhålet rätteligen vara cirka 2 500 meter. Följden av att BGE inte grundar sin kalkyl på rätt värden, leder till att beräkning av borrhålsdjupet blir direkt felaktigt på sätt att det inte blir tillräckligt djupt, vilket leder till risk för s.k. permafrost. Det i sin

tur medför att borrhålet inte kan nyttjas, att nytt borrhåll måste anläggas och att anläggningen måste kompletteras med annan värmekälla, t.ex. olja. Mot bakgrund av att priset för borring uppgår till cirka 250 kr/meter ska BGE:s anbudspris öka med motsvarande belopp. Enligt förfrågningsunderlaget utgörs värderingskriterierna till 70 procent av anbudspriset samt till 30 procent av organisation. Vid en sådan bedömning hade ÅSAB haft lägst anbudssumma vilket hade påverkat utgången i upphandlingen. I vart fall hade BGE:s anbudspris, med angivande av de värden som utgör skallkrav, överstidigt ÅSAB:s anbudspris. Genom att tilldela BGE upphandlingen på felaktiga grunder har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen.

Det har funnits otydligheter i förfrågningsunderlaget som medför att upphandlingen ska göras om. Kommunen anför att ÅSAB inte uppfyller ställda skallkrav på energibesparing. De båda anbudsgivarna har lång erfarenhet på området och arbetar dagligen med liknande anläggningar som den i målet aktuella, varför beräkningar av dylika slag sker löpande i verksamheterna. Bristerna i BGE:s och ÅSAB:s respektive anbud torde bero på att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt tydligt och anbudsgivarna därför inte har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Till exempel skiljer sig energiberäkningarna åt vad gäller den oljeförbrukning respektive anbudsgivare lagt till grund för sin kalkyl.

Mot bakgrund av att BGE:s anbud har antagits har ingen annan anbudsgivare utvärderats. Upphandlingen ska därför även på den grunden göras om. Eftersom BGE:s anbud står i strid med uppställda skallkrav ska anbudet förkastas, varför det inte kvarstår något annat anbud att anta. På grund av att kommunen har begränsat kontrollen av ÅSAB:s lämplighet har ÅSAB:s anbud inte ens prövats fullt ut i kvalificeringsfasen. För det fall BGE:s an-

bud felaktigt antas, lider ÅSAB därigenom skada genom att inte få anbudet utvärderat.

Det föreligger inte någon enhetlig praxis från kamarrätterna avseende frågan om en anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen kan lida skada eller inte enligt LOU. Kammarätten i Göteborg har i mål 4660-10 kommit till en annan slutsats än Kammarätten i Jönköping i mål 3307-11 som inte är tillämplig på förevarande situation.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Beslutet att anta BGE:s anbud har varit korrekt då anbudet uppfyller ställda krav. Enligt förfrågningsunderlaget är fastighetens värmeeffektbehov 150 kW. Den efterfrågade lösningen ska klara 60 procent av 150 kW, dvs. 90 kW. I beräkningen som BGE har redovisat anges ett teoretiskt energibehov på 192 MWh, som vid beräkningsresultat anger en avgiven energi på 230 MWh, vilket motsvarar kommunens bruttoenergiebehov. Två stycken IVT Greenline G45 ger effektmässigt 91 kW vid 0/50 °C och vid en tillförd effekt på 27,8 kW. Värmepumparna klarar med andra ord 60 procent av angivet värmeeffektbehov enligt ramkrav. Vad avser årsmedeltemperaturen i borrhålet framgår kravuppfyllnaden av bilagerad beräkning. Av bilagerad jämförelse mellan de offererade lösningarna framgår att BGE även i övrigt uppfyller ställda krav. Räknat på energibesparing så är kravet minst 70 procent. BGE har 71 procent medan ÅSAB med sina 68 procent ej uppfyller ställda krav. ÅSAB riskerar inte att lida någon skada eftersom bolagets anbud inte uppfyller ställda krav på energibesparing. Bolag vars anbud inte uppfyller ställda krav kan inte anses lida någon skada i lagens mening (Kammarätten i Jönköpings dom i mål nr 3307-11). Att kommunen i enlighet med förfrågningsunderlaget och 15 kap. 13 b § LOU begränsat kontrollen av leverantörs lämplighet till den anbudsgivare som kommunen avsett teckna avtal med ska inte leda till någon annan bedömning av skaderekvisitet. Bolaget har inte bestridit kommunens påstående angående att

inte ha uppfyllt krav på energibesparing. Både krav och kriterier har framgått tydligt av förfrågningsunderlaget. Av ACCIO Förstudie Energibrunnar framgår att BGE uppfyller ställda krav på brinetemperatur och övriga indata.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Otydligt förfrågningsunderlag

ÅSAB har bemött kommunens invändning om att bolaget inte uppfyller ställda skall-krav på energibesparing med att ange bristerna i BGE:s och ÅSAB:s respektive anbud beror på att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt tydligt. Detta ska enligt ÅSAB ha medfört att anbudsgivarna inte har kunnat bilda sig en uppfattning av vad som krävs för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten noterar att ÅSAB inte närmare specificerat på vilket sätt förfrågningsunderlaget är otydligt annat än att ange att energiberäkningarna vad gäller den oljeförbrukning respektive anbudsgivare lagt till grund för sin kalkyl skiljer sig åt. ÅSAB har inte utvecklat vad oklarheten består i eller på vilket sätt den påstådda otydligheten i förfrågningsunderlaget påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten anser att det ÅSAB anfört inte visar att förfrågningsunderlaget, i den del det avser de tekniska förutsättningarna för energikalkylen, är utformat på ett sådant sätt att det strider mot de principer för upphandling som anges i LOU.

Skada

En förutsättning för att ett sökandebolag ska anses ha lidit skada är att detta bolag uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om den bristande uppfyllnaden av obligatoriska krav åberopas av motparten först i överprövningsprocessen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 924-12). Kammarrätten i Jönköping har till skillnad mot tidigare avgöranden kommit fram till att det saknas anledning att skilja på fall där det endast finns en anbudsgivare kvar efter det att kvalificeringsfasen har slutförts och fall där det finns flera anbudsgivare kvar (Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 mars 2012 i mål i mål 3307-11). Mot bakgrund av detta avgörande finner förvaltningsrätten att omständigheten att endast BGE:s anbud utvärderats fullt ut inte påverkar skadebedömningen i detta mål.

Kommunen har obesträtt invänt att ÅSAB:s anbud inte uppfyller minimikravet på energibesparing om 70 procent. Eftersom att ÅSAB såvitt framgått inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i upphandlingen, är bolaget inte längre någon presumtiv leverantör. ÅSAB kan därför inte anses lida skada av att BGE:s anbud antagits. Då någon skada eller risk för skada inte har påvisats, saknas möjlighet för förvaltningsrätten att ingripa i upphandling-

en. Det finns därmed heller ingen anledning för domstolen att ta ställning till vad bolaget har anfört i övrigt.

Sammanfattningsvis ska ÅSABs ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1a LOU).



Ulrika Melin

Rådman

Kajsa Barsk har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.