



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-11-10
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3501-17

SÖKANDE

Nya Swebo Bioenergy AB, 556421-2065
Bullerleden 7
961 67 Boden

MOTPART

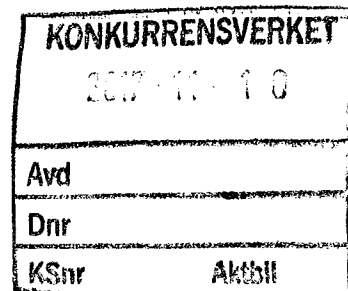
Värnamo Energi AB, 556052-6872
Box 2268
331 02 Värnamo

Ombud:

Advokaten Per-Ola Bergqvist och biträdande juristen Linnea Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Värnamo Energi AB genomför en upphandling av en totalentreprenad av värmeproduktionsanläggningar för Forsheda och Bredaryd i Värnamo kommun. Genom beslut tilldelades annan anbudsgivare än Nya Swebo Bioenergy AB (bolaget) uppdraget.

Dok.Id 239853

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att förvaltningsrätten ska rätta upphandlingen på så sätt att bolaget ska tilldelas upphandlingen.

Värnamo Energi AB bestrider bolagets yrkande och anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolagets anbud följer förfrågningsunderlaget. Upphandlingens utvärdering följer emellertid inte de regler och den praxis som gäller för offentlig upphandling. Lagen förbjuder att en leverantör tvingas att offerera ett visst fabrikat, då detta kväver konkurrenssituationen och medför att den upphandlande enheten ges ett verktyg för att diskriminera andra leverantörer. Bolagets anbud offererar dock ett styrsystem som är likvärdigt ABB Freelance avseende funktion samt prestanda och som dessutom kan kommunicera med detta system, så som kunden krävt. I utvärderingen har Värnamo Energi AB dock tagit beslutet att Bolagets styrsystem inte är likvärdigt med ABB Freelance vilket är direkt felaktigt.

Värnamo Energi AB hänvisar felaktigt till ett skall-krav att leverantören ska kunna leverera ABB Freelance styrsystem med hot om straffkostnad på 450 000 kr per anläggning, vilket gör att bolaget inte kan lämna in ett anbud i enlighet med principerna i LOU. Det är förbjudet att dels kräva vissa fabrikat, dels dessutom att pålägga en extra kostnad i det fall rätt fabrikat inte offereras. Kraven om att använda detta system har inneburit en fördyring i sitt grundutförande och därmed gjort bolagets anbud dyrare än det som tilldelats upphandlingen.

Lagen om offentlig upphandling är för kundens räkning ett verktyg att efterfråga en funktion som ska upprätthållas med de krav man ställer på funktion och resultat. Men kunden kan och ska inte försöka styra vilka fabrikat man får offerera, kunden kan och ska inte kunna ställa straffkostnader som läggs på vissa anbud för att rikta upphandlingen åt ett visst håll. Godkänns detta blir denna dom ett prejudikat för alla offentliga upphandlingar att styra en sådan här upphandling med hjälp av orimliga krav med riktning på vissa fabrikat och straffavgifter.

Eftersom bolaget har räknat fram ett lägre bud i förhållande till vinnande anbud, och hållit sig inom ramarna för kraven ställda i förfrågningsunderlaget, ska bolaget tilldelas uppdraget.

Värnamo Energi AB

Av de administrativa föreskrifterna (AF-delen) följer att det anbud som uppfyller samtliga krav och som bedöms mest ekonomiskt fördelaktigt godtas. Bolaget placerade sig trea i upphandlingen och det saknas brister i utvärderingsmodellen som föranleder rättens ingripande.

När det gäller belastningsvärdet, vilket bolaget felaktigt benämner ”straffkostnad”, innebär detta att en tilläggssumma läggs till anbudssumman i utvärderingen i det fall ett annat styrsystem än ABB Freelance AC700 offereras. Syftet med att ställa krav på ovanstående system eller likvärdigt är att det system som levereras ska kunna kommunicera med det överordnade befintliga systemet samt att säkerställa den nödvändiga funktionen för upphandlingsföremålet i stort. Värnamo Energi AB har öppnat upp för likvärdiga system och bolaget har haft frihet och möjlighet att utforma sitt anbud och räkna på ett konkurrenskraftigt anbud genom att antingen offerera system likvärdigt med ABB Freelance AC700 och kalkylera med tilläggs-summan eller offerera nämnda system. Förutsättningarna har tydligt framgått och gått att förutse. Det har varit lika för samtliga anbudsgivare.

Tillämpningen av belastningsvärde har varit inom ramen för en utvärderingsmodell förenlig med LUF och därutöver i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Belastningsvärden är vanligt förekommande i offentlig upphandling och har accepterats i rättspraxis, se bl.a. dom från Kammarrätten i Göteborg i mål nr 1421-13 samt dom från Kammarrätten i Jönköping i mål nr 2608-13. I det sistnämnda målet, som visserligen gäller LOU men som är relevant i målet, konstaterar kammarrätten att även om inte leverantörerna med säkerhet kunde kalkylera med vilket belastningspris som skulle beläggas dem medförde inte utvärderingsmodellen en sådan oförutsägbarhet att den stred mot transparensprincipen. Utvärderingen accepterades av rätten och i den aktuella upphandlingen är det tydligt föreskrivit på ett sådant sätt att de har kunnat förutse sin slutliga anbudssumma.

Belastningsvärdet om 450 000 kr har räknats fram genom de kostnader som kommer att förorsakas Värnamo Energi AB om den vinnande leverantören levererar ett annat styrsystem än ABB Freelance AC700. Man måste då göra kompletteringar, anpassningar och tilläggsköp, i huvudsak av konsulttjänster, till sitt nuvarande styr- och övervakningssystem och även framgent vid programuppdateringar och justeringar kommer betydande konsultinsatser att bli nödvändiga. Det framräknade beloppet är skäligt.

Bolaget har offererat ett styr- och övervakningssystem som Värnamo Energi AB har bedömt vara likvärdigt med ABB Freelance AC700 och har belagts med en tilläggssumma för respektive anläggning i Forsheda och Bredaryd i enlighet med AFB.53 i AF-delen.

Bolaget har anfört att man lider skada av utvärderingen i upphandlingen genom utvärderingsmetoden och tillämpningen av belastningsvärde för styrsystem, men inte ifrågasatt utvärderingsmetoden i övrigt. Inte heller utan nämnda belastningsvärde har bolaget lägsta pris och lider därmed inte

skada. Bolaget skulle inte under några omständigheter ha kommit ifråga för upphandlingskontraktet, eftersom man inte innehar det lägsta anbudspriset så som upphandlingen föreskriver att tilldelning ska ske. Bolaget placerade sig trea i upphandlingen. Inte heller utan tillämpning av nämnda belastningsvärde för styrsystem hade bolaget kunnat tilldelas kontraktet.

Värnamo Energi AB har varken brutit mot LUF eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom att tilldela ett annat bolag kontraktet i upphandlingen. Under alla omständigheter har bolaget inte lidit skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 20 kap. 4 § LUF anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet.

Av 9 kap. 6 § LUF följer att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller

4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

AFA. 2 Orientering om objektet

I Bredaryd och Forsheda ska det uppföras var sitt nytt fjärrvärmenät med var sin produktions- och distributionsanläggning. Anläggningen i Forsheda placeras i befintlig industribyggnad och omfattar i huvudsak två pellets pannor. Anläggningsdelarna för Bredaryd ska utformas som transportabla enheter (container).

AFB.53 Prövning av anbud

Det anbud som uppfyller kraven enligt denna förfrågan och som bedöms som mest ekonomiskt fördelaktigt kommer att godtas. Utvärdering av anbudet kommer att göras mot nedanstående parametrar. Viktningsfaktorerna visar vilka parametrar som är av betydelse vid utvärderingen.

Utvärderingskriterier

Pris. Pris består av anbudssumma med eventuella tillägg enligt nedanstående:

- Om anbudsgivare inte kan leverera styr- och övervakningssystem ABB Freelance AC700 läggs 450.000 SEK till/anläggning.
- Om anbudsgivare inte kan uppfylla ”värmesäker leverans till anslutna kunder på fjärrvärm nätet” till önskad tid 2017-11-01 enligt AFD.44 läggs 40.000 SEK till/vecka för Forsheda.
- Om anbudsgivare inte kan uppfylla ”värmesäker leverans till anslutna kunder på fjärrvärm nätet” till önskad tid 2017-11-01 enligt AFD.44 läggs 25.000 SEK till/vecka för Bredaryd.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat, se RÅ 2009 ref. 69.

Bolaget har angett att skall-kravet att kunna leverera ABB Freelance AC700 styrsystem, med hot om straffkostnad på 450 000 kr per anläggning om kravet inte uppfylls, är felaktigt samt att det är förbjudet att ställa dessa krav. Bolaget anser också att man ska tilldelas upphandlingen, då man räknat fram lägsta bud och hållit sig inom upphandlingens ramar.

Förvaltningsrätten anser att de avgöranden som Värnamo Energi AB hänvisar till inte är tillämpliga i målet på sätt som hävdas, då frågorna skiljer sig från de i förevarande mål. I Kammarrätten i Göteborgs mål nr 1421-13 hade kommunerna inte gjort någon likvärdighetsbedömning utan påfört bolaget ett belastningspris då en annan produkt än den efterfrågade offererats. I förevarande mål har Värnamo Energi AB bedömt att bolaget erbjuder en produkt likvärdig med den som efterfrågas. I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 2608-13 var utvärderingsmodellen utformad så att den leverantör som inte offererade en viss produkt gavs det högsta priset på den positionen i

upphandlingen. Inte heller här handlar det alltså om att bolaget skulle ha offererat en produkt likvärdig med den som efterfrågades.

Den upphandlande myndigheten har stor frihet att uppställa de krav som är nödvändiga och rimliga, men bara så länge de grundläggande principerna för upphandlingen efterlevs.

När det gäller frågan i målet är utvärderingsmodellen utformad på ett sådant vis att den leverantör som inte erbjuder ett visst angivet styrsystem påförs ett belastningsvärde om 450 000 kr per anläggning. Detta utgör ett sådant förutsägbart förfarande att principerna av förutsägbarhet och transparens efterlevs. Dessutom har det varit lika för samtliga anbudsgivare.

Av 9 kap. 6 § LUF följer att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till sådant som ett visst fabrikat eller varumärke. Undantag kan dock göras om det motiveras av att det som ska beskrivas inte annars kan beskrivas tillräckligt tydligt. Då måste hänvisningen följas av orden ”eller likvärdigt”. När Värnamo Energi AB anger att anbudsgivarna ska kunna leverera ett visst angivet styrsystem, eller ett likvärdigt med belastningsvärde om 450 000 kr per anläggning, är detta det samma som att leverantörer som inte levererar det angivna styrsystemet missgynnas. Vad Värnamo Energi AB har anfört avseende tillkommande konsultkostnader m.m. ger inte skäl för en annan bedömning. Det bör också betonas att enbart det faktum att ett likvärdigt system accepteras inte innebär att upphandlingsmyndigheten kan ställa detta krav. Särskilt inte som det följs av ett belastningsvärde.

När upphandlingsenheten har godtagit ett styrsystem som likvärdigt ska detta innebära att systemet också behandlas så som det efterfrågade, annars är det inte att uppfatta som likvärdigt. Förvaltningsrätten anser därför i detta hänseende att Värnamo Energi AB genom förfrågningsunderlagets utform-

ning missgynnar leverantörer som inte erbjuder det specifika styrsystem som efterfrågas och därmed inte följer gällande regelverk samt inte heller de EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet avseende likabehandling och proportionalitet.

Nästa fråga är om bolaget har lidit skada av Värnamo Energi AB:s utvärderingsförfarande. Av den slutliga beräkningen framgår att bolaget även utan medräknade belastningsvärden inte skulle ha tilldelats kontraktet avseende upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget inte har visat att man genom upphandlingsenhetens förfarande har lidit skada. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Henric Ottosson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

