



**LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN**

DOM
2009-03-30
Meddelad i
Växjö

Mål nr
311-09E
Rotel 4

SÖKANDE

Termiska Processer AB
Box 223
891 25 Örnsköldsvik

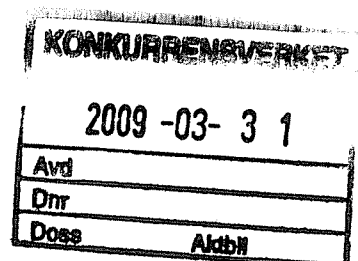
Ombud: Per-Magnus Wicén
Provide IT AB
Erik Dahlbergs allé 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Ljungby Energi AB
Box 262
341 25 Ljungby

SAKEN

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



Ljungby Energi AB har genomfört en förenklad upphandling avseende leverans av 3 MW pelletseldad pannanläggning. Ljungby Energi AB beslutade den 20 februari 2009 att anta det anbud som lämnats av HOTAB Eldningsteknik AB.

Termiska Processer AB (bolaget) ansöker om överprövning av Ljungby Energi AB:s upphandling och yrkar i första hand att rättelse sker och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. De underkriterier som nyttjats för att utvärdera huvudkriterierna har inte bilagts förfrågningsunderlaget. Som leverantör är det i högsta grad rimligt att kräva tydliga och begripliga krav. Mallarna för utvärderingen av anbuden skulle ha tillhandahållits leverantörerna för att uppfylla kraven på affärsmässighet enligt LOU. Utvärderingen av bränsleflexibilitet har för bolaget tolkats på ett mycket ofördelaktigt sätt. Bolaget har angivit att "flis och briketter över 20 mm diameter kan eldas" och ordet "pellets" har inte angetts eftersom det betraktas som underförstått. Det borde kunna anses

Dok.Id 37180

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-868 00	0470-869 50	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: lansrattenikronoberg@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

som självklart att eldningsutrustningen även klarar av att elda träbriketter eller torrflis med en diameter överstigande 20 mm. Om tveksamhet i utvärderingen uppstått står det fritt att begära förtydligande. I kontraktbilaga 3 anges Garantivärden som ska ifyllas av anbudsgivaren. Bolaget uppfattar inte det som affärsmässigt att värdera anbuden efter storleken på pellets. Bolaget har i ett sidoanbud offererat en möjlighet att även, med mindre anpassningar, leverera ett system som klarar av eldning med briketter och träflis. Utvärderingen av "Pris" har skett med Grundanbud och Optioner sammanslagna. Enligt mail den 4 december 2008 anges att Ljungby Energi AB "med stor sannolikhet" kommer att lösa ut optionen (3 MW-panna) i samband med beställning. Detta är inte att vara tydlig och bedöms inte som affärsmässigt. Eftersom kontraktet endast avser Grundanbudet bör Optionerna utvärderas separat. Avseende utvärderingen av "teknik, funktion, kvalitet och miljö" har i kommentaren uttalats att anbud 2 och 4 har fläktmotorer av fabrikat Siemens respektive ABB, vilket borgar för en god kvalitet. Anbud 1 och 3 har fläktmotorer av mindre kända fabrikat. Bolaget har varken uppfattat att fläktmotorerna skulle vara av känt fabrikat ej heller att ett känt fabrikat levererar högre kvalitet än ett mindre känt. Bolaget hävdar att detta inte är affärsmässigt enligt LOU. I utvärderingen av referenser har endast antalet referensanläggningar legat till grund för poängsättning. Det är inte affärsmässigt att ge en leverantör med många installationer högsta betyg i en utvärdering där dessa kriterier inte ens var kända. Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. I annat fall kommer alltid den störste leverantören att få högst poäng och det är inte förenligt med LOU. I promemoria utsänt med mail den 4 november 2008 anges att Tillsynsmyndigheten fastställt villkoren för anläggningen. Detta avseende stoftemissioner, skorstenshöjd och utrustning för kontinuerlig mätning av CO i rökgaser. Att i utvärderingen då poängsätta emissionerna efter en stigande skala uppfattas inte som affärsmässigt, eftersom utvärderingsmallen inte anger att detta kommer att

ske. Tillsynsmyndighetens krav bör därför betraktas som skall-krav i upphandlingen. Anläggningsyta och anläggningsvolym för pannhus och pump- rum kan vara ett negativt kriterium avseende miljöbelastning och för skrymmande för disponibel yta. Det som varit helt avgörande för utvärderingen är de underkriterier som skapats efter det att förfrågningsunderlaget utsänts, vilket medfört att anbudsgivarna inte kunnat förutse hur utvärderingen skulle genomföras. Enligt lagen är detta inte tillåtet. Ljungby Energi AB har därför brutit mot likabehandlingsprincipen samt mot principen om transparens och affärsmässighet i LOU. Bolaget har lidit eller kan i vart fall lida skada av Ljungby Energi AB:s agerande.

Ljungby Energi AB motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Utvärderingen har utförts i enlighet med 12 kap 1-2 §§ LOU. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga har man varit tydlig med vilka kriterier som ger poäng och vilket kriterium som ger störst genomslag vid utvärderingen. Underliggande utvärderingsmallar formas under anbudstiden, dvs innan anbuderna har inkommit och öppnats. Detta förfarande är helt i linje med LOU och säkerställer att alla anbudslämnare behandlas likvärdigt. Att dessa mallar skulle bifogas förfrågningsunderlaget förefaller orimligt och regleras ej heller i LOU. Parterna har haft kontakt med varandra sedan den 10 oktober 2008 då bolaget anmälde sitt intresse för anbudsräkning. Därefter har parterna haft kontakt via telefon, e-mail, post samt träffats för studiebesök vid Ljungby Energi AB:s anläggningar. Avslutningsvis träffades parterna i Ljungby för anbuds- genomgång. Bolaget har inte vid något tillfälle uppgivit att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt eller innehålla obegripliga krav. Förfrågningsunderlaget är väldigt tydligt avseende kriteriet "bränsleflexibilitet". Garantibränslet avser träpellets med diameter 8 mm, vilket är pellets som används på villamarknaden. Avsikten med skrivningen i förfrågningsunderlaget är att vara flexibel med bränslet så att även träpellets med större diameter kan komma ifråga utan några ingrepp i anläggningen. Den anbuds-

givare som kan garantera prestanda även med större diameter ökar flexibiliteten för Ljungby Energi AB, vilket därmed också kan påverka deras kostnader för bränslet. Det står ingenstans i bolagets anbud att "flis och träbriketter över 20 mm i diameter" kan eldas. I anbudet ingår bränslesilos för förvaring av pellets. Det är inte möjligt att förvara vara sig torrflis eller träbriketter i en bränslesilo utan dessa bränslen kräver en helt annan lagring. Det går att elda annat bränsle om det sker en ombyggnad av bränsleinmatningen och bränslelager men prestanda garanteras ej. Det som är viktigt är att anläggningen, såsom den är offererad, klarar att elda 15 mm pellets med bibehållna garantivärden samt att utrustningen inte behöver förändras. Bolaget har till sitt anbud bifogat ett sidoanbud, vilket anger att bolaget har ett alternativt bränslehanteringssystem för förvaring av briketter och flis, varvid tillkommer 1 100 000 kr exkl moms. De garantier som bolaget specificerat i anbudet gäller ej om annat bränsle används. Eftersom det krävs en ombyggnad av anläggningen samt att prestanda inte kan garanteras erhålls ej några poäng för detta kriterium. Någon osäkerhet avseende de villkor som gäller bolagets anbud har aldrig förekommit och därför har Ljungby Energi AB inte heller krävt något förtydligande i frågan. - Anledningen till man skickade ut e-mail den 4 december 2008 och förtydligade att man med största sannolikhet kommer att lösa ut optionen i samband med beställningen var att säkerställa utrustningen i optionspriset. Om utvärderingen skulle ske enbart med grundanbudet som utgångspunkt skulle en anbudsgivare kunna lägga ett väldigt lågt pris på grundanbudet och ett skyhögt pris på optionen och ändå vinna upphandlingen, trots att vederbörande totalt sett är betydligt dyrare än sina konkurrenter. Ingen anbuds-lämnare har fått poäng för fabrikat på fläktmotorerna. Kriteriet referenser har bedömts efter vissa villkor. Bedömningen är att entreprenörer som levererar många anläggningar också är en entreprenör med goda vitsord, vilket premieras enligt utvärderingsmallen. Bolagets slutsats att tillsynsmyndighetens krav är ett skall-krav är helt korrekt. Utvärderingsmallen visar tydligt att man avser att poängsätta och bedöma efter kriteriet miljö.

Miljö i samband med upphandling av pannor handlar nästan uteslutande om utsläpp till luft, vilket inte kan vara en överraskning för entreprenören. De har varit noga med att anbudslämnarna ska uppge vilka emissioner de garanterar i kontraktsbilaga 3 vid olika laster på pannan. Bolagets yrkande avseende att Ljungby Energi AB inte får utvärdera emissioner till luft förefaller orimliga, eftersom de har uppgett miljö som en del i ett utvärderingskriterium. Av förfrågningsunderlaget framgår fastighetens yta. Bolagets påstående att en större anläggning skulle bli för skrymmande för disponibel yta förefaller i det närmaste löjligt. Bolaget har inte under upphandlingens gång ställt några frågor om utvärderingen. Denna har tydligen varit klar för bolaget. - Upphandlingen har utförts affärsmässigt i enlighet med LOU och därmed bör bolagets yrkanden avslås.

DOMSKÄL

Länsrätten har den 9 mars 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

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

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska länsrätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Av Ljungby Energi AB:s förfrågningsunderlag framgår att upphandlingen kommer att ske som en förenklad upphandling. Av förfrågningsunderlaget, AFB. 52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud, framgår att Ljungby Energi AB kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och anbuden kommer att värderas efter nedanstående kriterier:

	Viktning	Poäng
Anbudspris	55 %	0-10
Driftsekonomi	20 %	0-10
Bränsleflexibilitet	10 %	0-10
Teknik/Funktion/Kvalité/Miljö	10 %	0-10
Referenser (mellan åren 2003-2008)	5 %	0-10

Anbudsgivare som kan garantera prestanda, enligt kontraktsbilaga 3, med ett bränsle med större styckestorlek än garantibränslet, värderas i kriteriet "Bränsleflexibilitet". Träpellets med diametern 15 mm eller större erhåller maximal poäng.

Av Kontraktsbilaga 3 under punkt 7 framgår särskilt utfästa (garanterade) prestanda och övriga egenskaper för garantibränsle, träpellets.

I bilaga 4, tekniska föreskrifter, sägs under 3.11 Optioner följande.

Option 1

Beställaren vill undersöka ekonomin med att installera ytterligare en hetvattenpanna i samband med installationen av FP4. Optionen avser en hetvattenpanna, inkl byggnad, med samma kapacitet som offererad utrustning. I priset ska ingå montage, intrimning och idrifttagning.

Länsrätten gör följande bedömning.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2 § LOU. 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.

En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbudet under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. Länsrätten konstaterar att det av Ljungby Energi AB:s förfrågningsunderlag framgår vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och hur dessa ska viktas. Av utredningen i målet kan inte utläsas annat än att utvärderingen med underliggande utvärderingsmallar har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Någon särbehandling av viss leverantör synes ej ha skett. Underkriterierna utformades innan anbudet hade öppnats, varför en anpassning till visst anbud inte har varit möjlig. Som leverantör kan man ha önskemål om största möjliga tydlighet i fråga om kriterierna. Det bör dock påpekas att det vid flera tillfällen har varit möjligt för leverantörerna att begära förtyd-

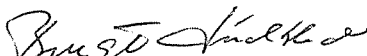
liganden. – Vad gäller utvärderingen av priset har framkommit att en sammanslagning av grundanbud och option varit nödvändig av praktiska skäl. Der finns därför inte anledning att ifrågasätta detta förfarande. – Inte heller övriga anmärkningar som bolaget framfört visar att LOU:s regler har överträtts. Vad bolaget anfört beträffande Ljungby Energi AB:s anbudsutvärdering ger således inte skäl att ifrågasätta att denna gjorts på objektiva grunder. Länsrätten finner det inte visat att förfarandet i någon del strider mot de krav som uppställs i LOU. Till följd härav ska ansökan avslås. Vidare ska länsrättens beslut av den 9 mars 2009 inte längre gälla.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Termiska Processer AB:s ansökan.

Länsrätten förordnar att det interimistiska beslutet av den 9 mars 2009 upphör att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Bengt Lindblad



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.