



**LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN**
Sofia Johansson Hannsberger

DOM
2009-04-02
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
640-09 E
Rotel 3

SÖKANDE

Termiska Processer AB
Box 223
891 25 Örnsköldsvik

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

MOTPART

Habo Energi AB, 556215-6421
Box 202
566 34 Habo

Ombud: Förbundsjuristen Magnus Ljung
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrätten prövar inte yrkandet om interimistiskt förordnande.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Habo Energi AB har inbjudit leverantörer att lämna anbud i upphandling av biobränslepanna till Gunnarsbo panncentral. Sista tidpunkt för anbud är den 7 april 2009 kl. 12.00. Av i förfrågningsunderlaget ingående kontraktsformulär, bilaga 4, Teknisk beskrivning, framgår bl.a. följande under rubriken Byggnation. Habo Energi AB planerar nu att byta ut en biobränsleeldad panna från 1,5 MW till en 3 MW panna som kan elda 35 % fukthalt

Dok.Id 52196

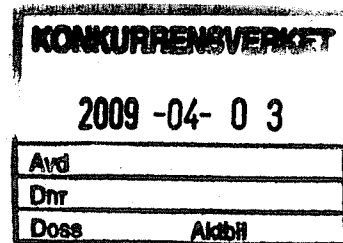
Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Ö Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00
E-post: lansrattenijonkoping@dom.se
www.lansrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00



på bränslet. Under rubriken Allmänna krav och driftsförutsättningar anges att pannan ska kunna leverera 3 MW vid 30 % fukthalt i bränslet och leverans av pannan ska ske maj – juni för att startas i augusti. Av kontrakt (anbudsunderlag) framgår vidare bl.a. följande. Under punkt 10 avseende viten anges att prestandavite ska gälla ”enligt överenskommelse”. Av till förfrågningsunderlaget hörande PM för anbudsgivare framgår under punkten 2.8 att anbudet kommer att utvärderas med avseende på följande kriterier:

”Anbud kommer att antagas som har lägsta pris.
Det anbud som är för Habo Energi AB mest fördelaktigt med hänsyn till ovanstående kommer att antagas.
Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.”

Termiska Processer AB (TPS) ansöker om överprövning av Habo Energi AB:s upphandling av biobränslepanna och yrkar att länsrätten beslutar att Habo Energi AB inte får ändra specifikationen på avsedd värmepanna, att leveranstidpunkten sätts till minst fyra månader efter beställning, att effektkravet vid olika fukthalter på bränsle definieras med utgångspunkt från bränsle enligt t.ex. Svensk Standard och att vitesklausulen i kontraktet fastställs till andel av kontraktsbeloppet. TPS yrkar vidare att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats av länsrätten eller överprövande instans. TPS anför i huvudsak följande. Habo Energi AB har tidigare avsett att byta ut en värmepanna från 1,5 MW till 3,0 MW. TPS inbjöds genom anbudsfrågan att delta i upphandlingen. Av den framgick att upphandlingen skulle genomföras enligt de bestämmelser som gäller för förenklad upphandling. Förutom TPS inkom ytterligare åtta bolag med anbud. TPS överklagade upphandlingen efter tilldelningsbeslutets offentliggörande, varvid Habo Energi AB konstaterade att det fanns brister i upphandlingen och den avbröts samtidigt som samtliga anbud förkastades. Habo Energi AB har därefter gått ut med en ny anbudsfrågan vari följande anges:

”Pannan skall kunna leverera 3 MW vid 30 % fukthalt i bränslet.
Referensanläggningar stämplade på 3 MW med dokumenterad drift i minst två år i Sverige skall finnas.
En veckas igångkörning med er personal skall ingå.
Leverans av pannan skall ske maj – juni för att startas upp i augusti.”

Genom att skärpa kraven på fukthalten utesluts ett antal leverantörer, varför det finns en farhåga att proportionalitetsprincipen i LOU åsidosätts med syftet att ”rätt” leverantör ska kunna väljas. Det vore önskvärt att Habo Energi AB definierar effektkravet vid olika fukthalter på bränslet med utgångspunkt från garantibränsle enligt t.ex. Svensk Standard, eftersom effekten varierar som en funktion av bränslets fukthalt. Vitesklausulen är satt ”enligt överenskommelse” vilket inte uppfyller lagstiftningens krav på transparens. Leveranstidpunkten är satt med så snäva tidsramar att få leverantörer har möjlighet att leverera enligt tidskravet och därför inte kan delta i upphandlingen, vilket strider mot proportionalitetsprincipen. Även utvärderingsmodellen kan anses innebära att den principen åsidosätts. Det är synnerligen ovanligt i denna typ av upphandlingar att utvärderingen endast ska avse priset. Sammanfattningsvis har Habo Energi AB agerat i strid mot LOU, vilket medför att TPS kan komma att lida skada.

Habo Energi AB bestrider bifall till TPS yrkanden och anför i huvudsak följande. Specifikation: TPS har yrkat att länsrätten ska besluta att Habo Energi AB inte får ändra specifikationen på avsedd fastbränslepanna i förhållande till den tidigare upphandlingen. Det framgår inte av LOU att kraven måste vara desamma om en upphandlande myndighet genomför flera upphandlingar avseende samma vara. Ett sådant krav skulle också vara helt främmande för LOU som är en förfarandelagstiftning och inte en lagstiftning beträffande vad upphandlande myndigheter ska anskaffa. Upphandlande myndighet bestämmer vad som ska köpas och vilka krav som ska uppfyllas så länge de är relevanta och icke-diskriminerande. Förfrågningsunderlaget i den tidigare upphandlingen var otydligt beträffande kravet på

bränslets fukthalt och upphandlingen avbröts. Bränsle utgörs av trä som alltid innehåller fukt i någon mån. Aktuella bränslen skiljer i pris beroende på fukthalt, där en högre fukthalt oftast ger billigare bränsle. Prisskillnaden förväntas öka i framtiden. Kravet är därför relevant och begränsar inte i onödan konkurrensen. Det är proportionerligt och icke-diskriminerande.

Leveranstidpunkt: Det är av ekonomiska skäl av stor vikt att fastbränslepannan levereras så snart det är möjligt. Som har anförts är det den upphandlande myndigheten som formulerar kraven så länge dessa är relevanta och icke-diskriminerande. Kravet på leveranstiden är relevant och begränsar inte i onödan konkurrensen.

Effektkrav: Kravet i aktuell upphandling – att fastbränslepannan ska kunna leverera 3 MW effekt vid 30 % fukthalt i bränslet – har samband med kravet att den ska kunna bränna bränsle med en fukthalt om 35 %. Kraven har samband med avsikten att i stor utsträckning använda stamvedsflis som bränsle. Stamvedsflis har en fukthalt om 25 – 35 %. Kraven kan uppfyllas av leverantörer på marknaden och är såväl relevanta som icke-diskriminerande.

Vitesklausul: Prestandavitet har till skillnad från förseningsvitet inte bestämts exakt i förfrågningsunderlaget, eftersom det är lättare att formulera prestandavitet när det står klart vilken prestanda den antagna leverantörens produkt har. Principen om transparens tar i första hand sikte på sådana krav, villkor och omständigheter som avgör om leverantören ska tilldelas kontraktet eller inte. Bestämmelsen om prestandavite har ingen betydelse för om TPS ska tilldelas kontraktet eller inte, utan är endast en fråga om påföljd för icke-uppfyllande av avtalsbestämmelse. Praxis uppställer inte något hundra procentigt krav på tydlighet ens beträffande sådana krav och villkor som avgör vem som ska tilldelas kontraktet. I enlighet med RÅ 2002 ref. 50 är det tillräckligt att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Detta krav är uppfyllt. Ett upphandlingskontrakt är inte ett helt statiskt instrument. I enlighet med EG-domstolens praxis (C-454/06) finns ett utrymme för upphandlande myndighet och leverantör att ändra kontraktets villkor,

om dessa ändringar inte är väsentliga och inte kan sägas konstituera ett nytt och annat kontrakt än det som ursprungligen ingicks. Då det i en i sammanhanget så liten fråga som prestandavite inte finns något som hindrar att avtalsparterna ändrar klausulen efter det att upphandlingskontrakt har tecknats kan det inte anses strida mot LOU att frågan är oreglerad intill dess att sådant kontrakt har tecknats. Utvärderingsmodell: Enligt LOU är lägsta pris ett av de två grundläggande sätt enligt vilka kontrakt kan tilldelas.

TPS har därefter tillagt i huvudsak följande. Upphandling ska genomföras affärsmässigt, objektivt och med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns på marknaden. Specifikation: Även om det är Habo Energi AB som bestämmer vad som ska köpas samt vilka funktioner och krav varan ska uppfylla, medför den nu aktuella skärpningen av ”skall-kraven” att relevansen och uppfyllnaden av de icke-diskriminerande kraven har förlo-rats. Det är känt att fastbränslepannans utgående effekt är en direkt funk-tion av bränslets fukthalt. Konsekvensen av det skärpta fukthaltskravet blir att maxeffekten på pannan måste höjas avsevärt, eftersom märkeffekten är satt till garantibränslets fukthalt. Om upphandlingen hade varit relevant och icke-diskriminerande, borde effektkurvan som en funktion av bränslets fukthalt ha redovisats i anbudet och vitet skulle ha varit definierat i kon-traktstexten före anbudstidens utgång. När så inte är fallet uppstår farhågan att affärsmässigheten i upphandlingen har åsidosatts till förmån för andra syften. Leveranstidpunkt: Kravet är starkt konkurrensbegränsande och med hänsyn till leveranstiden i den förra upphandlingen är detta känt av Habo Energi AB. Ifrågavarande skärpning medför att kravet på leveranstid blir icke-relevant och diskriminerande och således strider mot LOU. Det kan accepteras att Habo Energi AB ändrar sitt krav från viss fastställd tid till ”så snart som möjligt”. De ekonomiska konsekvenserna som Habo Energi AB har åberopat är irrelevanta för länsrättens prövning. Effektkrav: Många leverantörer kan leverera pannor som ger 3 MW uteffekt vid 30 % fukthalt på bränslet. Konsekvensen blir då att dessa pannor är dimensionerade för

högre effekter, varför kravet är starkt kostnadsdrivande och därför inte uppfyller lagstiftningens krav på affärsmässighet. Kravet är inte relevant om det inte kan kopplas till en effektkurva som en funktion av bränslets fukthalt. Vitesklausul: Det är inte affärsmässigt att efter en upphandling och tilldelningsbeslut förhandla om vite. Om så sker, står det marknaden fritt att leverera produkter som inte garanteras uppfylla kraven. Denna garanti bör kunna styrkas av tredje oberoende part. Det är affärsmässigt att i förväg kravställa effektkurvan med avseende på bränslets fukthalt som tidigare har beskrivits. Dessa data borde vara tillgängliga om "skall-kravet" på referensanläggningar med dokumenterad drift i minst två år har uppfyllts. Det kan uppfattas så att Habo Energi AB i sitt yttrande menar att uppfyllande av prestandakravet inte är viktigt och därför kan bestämmas i efterhand.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling (LOU) anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Habo Energi AB utgör en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU jämfört med samma kapitel 12 §.

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris.

Länsrätten, som tar upp målet till slutligt avgörande, gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget äger upphandlande myndighet rätt att uppställa krav på föremålet för upphandlingen. De krav som uppställs får inte strida mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Länsrätten finner, även med beaktande av det som TPS har anfört, att Habo Energi AB inte har åsidosatt gällande bestämmelser i LOU genom att – i förhållande till föregående upphandling – ändra förfrågningsunderlaget på det sätt som har skett. De i förfrågningsunderlaget nu aktuella specifikationerna avseende leveranstid och effektkrav kan vidare inte anses strida mot de grundläggande principerna i LOU. Klausulen om prestandavite, som bestäms efter överenskommelse med anbudsvinnaren, innebär inte heller att någon gällande princip vid upphandling har åsidosatts. Den utvärderingsmodell som har valts följer LOU. TPS ansökan om överprövning ska därför avslås.

Eftersom länsrätten har slutligt prövat och avslagit TPS ansökan om överprövning föranleder bolagets yrkande om interimistiskt förordnande inte någon prövning av länsrätten.

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


Lena Schön-Barkeström

