



SÖKANDE

Ariterm AB, 556353-8767
Flottiljvägen 15
392 41 Kalmar

MOTPART

Bionär Närvärme AB, 556678-4160
Box 783
801 29 Gävle

SAKEN

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KONKURRENSVERKET	
2016-09-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ariterm AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 173638

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Bionär Närvärme AB (Bionär) genomför en upphandling av två kompletta och driftklara pelletseldade panncentraler med oljebackup/oljespets utförda prefabricerade i flyttbara moduler (containerlösning) [ärendenummer 6090]. Enligt förfrågningsunderlaget (AFB.12) genomförs upphandlingen genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Anbudstiden löpte ut den 28 april 2016 och tilldelningsbeslut fattades den 12 maj 2016, varvid anbud 1 från Nya Swebo Bioenergy AB (Swebo) tilldelades kontraktet utifrån tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Anbud 2 från Swebo placerades på andra plats i anbudsutvärderingen, följt av anbudet från Ariterm AB.

YRKANDEN M.M.

Ariterm AB (Ariterm) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs utan medtagande av Swebos anbud 1 och 2. Ariterm anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Bionär har brutit mot likabehandlingsprincipen i LUF då Swebos anbud 1 och 2 antagits till prövning trots att Swebo inte avgett anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget. Anbuderna har således varit ”orena” och skulle rätteligen ha förkastats. Utvärderingen och poängsättningen av anbuderna har dessutom inte gjorts i enlighet med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. Om Swebos två anbud rätteligen hade förkastats skulle anbudet från Ariterm vara det mest fördelaktiga av de kvarvarande anbudsgivarna och därmed ha tilldelats kontraktet. Ariterm har således lidit skada till följd av Bionärs agerande. Ariterm åberopar till stöd för sin talan EU-domstolens domar i mål nr C-87/94 och C-243/89, Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 4885-04 och 4598-05, Kammarrätten i Jönköpings domar i mål nr 1823-05, 2554-05 och 1571-07, Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 328-05, 2272-05 och 3243-04, ”Bild 2 – Resultat om oljetank placeras i pannhuset Swebo (Hertz), ritat av

Ariterm”, ”Bild 4 – Resultat om oljetank placeras i pannhuset Swebo (Uniconfort), ritat av Ariterm”.

Bionär bestrider bifall till ansökan och åberopar till stöd för sin inställning ett e-postmeddelande från Swebo till Bionär skickat den 29 april 2016, ritning ”BIONÄR V3” samt ritning ”VC Firematic 499”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Ariterm har anfört är visat att Bionär har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Ariterm lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem (2 kap. 9 § LUF).

Av utredningen i målet framgår att Ariterm har placerat sig på tredje plats vid anbudsutvärderingen, näst efter Swebos anbud 2. En förutsättning för att ett ingripande enligt LUF ska bli aktuellt, är att Ariterm har lidit eller riskerar att lida skada till följd av Bionärs förfarande (jfr 16 kap. 6 § LUF). För-

valtningsrätten tar därför först ställning till de invändningar som Ariterm har riktat mot det vinnande anbudet, dvs. Swebos anbud 1.

Invändningar avseende Swebos anbud 1

Placering av oljetank

I **förfrågningsunderlaget**, som består bl.a. av administrativa föreskrifter, tekniska beskrivningar, tekniska bestämmelser, tekniska garantier, anbudsformulär, ritningsförteckning och avtalsvillkor (AFB.22), föreskrivs bl.a. följande:

I bilagan "Anbudsformulär" finns de krav som ställs i upphandlingen samt de uppgifter och redogörelser som efterfrågas. Svara genom att kryssa i de ja/nej rutor som finns under varje krav samt fyll i uppgifter och redogörelser samt eventuella kommentarer (AFB.31). Det är tillåtet att lämna anbud med alternativa utföranden. Alla krav ska vara uppfyllda för att alternativa utföranden ska godkännas. [...]. (AFB.31). Kvalificeringskrav framgår av punkt 2 "Krav på anbudsgivare" i "Bilaga 10 – Anbudsformulär" (AFB.51). Krav på varan eller tjänsten framgår av punkt 3 "Krav på varan eller tjänsten" i "Bilaga 10 – Anbudsformulär". Prövning kommer att ske av samtliga skallkrav i förfrågningsunderlaget (AFB.53).

I de tekniska beskrivningarna (bilaga 3 a Skärplinge och bilaga 3 b Tierps kyrkby) anges bl.a. följande: Denna förfrågan avser en komplett pelletseldad panncentral 495 kw med oljebackup/oljespets 700 kw [Skärplinge] /500 kw [Tierps kyrkby] inklusive byggnad. Centralen utförs prefabricerad i flyttbara moduler (containerlösning). Obs all utrustning skall vara placerad i centralen förutom eventuell askbehållare/container. Tillgänglig yta för panncentral Ca: 8 * 14 m (se ritning arbetsområde).

Ariterm gör gällande att Swebos anbud inte uppfyller ska-kraven i enlighet med den tekniska beskrivningen och pekar på bl.a. följande. I förfrågnings-

underlaget framgår tydligt att allmänna systemdata som ska lämnas i anbudet bl.a. är pannhusets mått och vikt. Swebo har genom den ritning och de offerter som lämnats in bekräftat måtten 9,4 x 3,3 meter och oljetanken har därmed utan tvekan placerats utanför centralen. Av det datablad Swebo lämnat in med anbudet framgår vidare att det är fråga om en utomhustank. Ska-kravet i den tekniska beskrivningen på att all utrustning ska vara placerad i centralen, förutom eventuell askbehållare/container, är således inte uppfyllt. Anbudet ska därför förkastas som "orent", vilket Ariterm utan framgång påtalat för Bionär. Bionärs påstående om att Swebo bekräftat att oljetanken kommer att placeras inne i prefabricerad central stämmer inte med Swebos lämnade systemdata och innebär en ändring av inlämnade uppgifter, vilket i sin tur strider mot likabehandlingsprincipen. Med de mått som Swebo har lämnat är det orimligt att oljetanken kan placeras i pannhuset, vilket är ett av upphandlingens ska-krav. De ritningar som Bionär åberopat fanns inte med vid anbudsöppningen och ska inte beaktas vid prövningen. Det finns inget lagligt stöd vare sig i LUF eller LOU att gå in i förhandling för att likställa anbud med förfrågningsunderlaget i en situation då det finns andra rena anbud. Bionärs tolkning, att Swebos anbud är 25 % billigare och därmed låg bäst till i pris innan förhandlingen, är anmärkningsvärd med tanke på att priset endast utgör 50 % av utvärderingen och då Bionär även borde ha insett att Swebos anbud inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget eftersom priset avviker kraftigt i förhållande till alla anbudsgivares offererade pris.

Bionär gör för sin del gällande att Swebo uppfyller samtliga ska-krav, att upphandlingen har genomförts inom ramen för det förhandlade förfarandet och i övrigt i enlighet med bestämmelserna i LUF. Bionär framför bl.a. följande. Swebo har kryssat i att de tekniska specifikationerna samt kraven i de tekniska beskrivningarna uppfylls. Ritningen i Swebos anbud visar att oljetanken skulle ligga utanför centralen, vilket skulle strida mot de tekniska beskrivningarna och det däri ingående kravet på att all utrustning ska vara

placerad i centralen förutom eventuell askbehållare/container. Av Swebos förtydligande framgår dock att oljetanken kommer att placeras i prefabricerad central, helt i enlighet med de tekniska beskrivningarna. Swebos syfte med att bifoga ritningen var att översiktligt beskriva för Bionär hur anläggningen är uppbyggd, inte att slutgiltigt beskriva hur anläggningen kommer att se ut. Med oljetanken placerad i den prefabricerade centralen kommer måtten att öka, men de kommer ändå att hålla sig inom de föreskrivna 8 x 14 meter i den tekniska beskrivningen. Bionär har även verifierat detta med Swebo. Det enda som föreskrivs om oljetank i den tekniska beskrivningen är att den ska vara 4 kubikmeter samt indirekt att den ska vara placerad i centralen. Den omständigheten att det är en oljetank som kan placeras utomhus är således inget som strider mot förfrågningsunderlaget. Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande enligt LUF, vilket innebär att Bionär har rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Bionär valde att förhandla med Swebo som inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudet från Ariterm är 25 % dyrare än det vinnande anbudet från Swebo och den summerade anbudspoängen för Swebo uppgår till 4,42, vilket kan jämföras med Ariterm som tilldelats 4,22 poäng. Bionär valde att förhandla enbart med Swebo i syfte att likställa anbudet med förfrågningsunderlaget. Då Swebos anbud efter utvärdering låg bäst till i pris fanns ingen anledning att förhandla med fler anbudsgivare, särskilt med tanke på den stora prisskillnaden i förhållande till Ariterms anbud. Det skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet från Swebo på grund av att några mindre detaljer i anbudet inte exakt överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av rättspraxis följer att ett anbud som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget, dvs. avvikelser i fråga om villkor, reservationer och förbehåll, inte får utvärderas. Likabehandlingsprincipen kräver således att samt-

liga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan lämnade anbud (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält).

Den aktuella upphandlingen har annonserats som ett förhandlat förfarande enligt LUF, dock utan krav på ansökan om deltagande. I förfrågningsunderlaget anges vidare att anbud som uppfyller kvalificeringskraven kommer att kontrolleras med avseende på kravuppfyllnad och om kraven uppfylls utvärderas (AFB.12). Av utredningen i målet framgår att samtliga anbud bedömdes uppfylla kraven och gick vidare till utvärderingen (se Upphandlingsrapport och Tilldelningsbeslut).

Tillämpningen av förhandlat förfarande innebär att den upphandlande enheten har en större flexibilitet än vid andra upphandlingsförfaranden. Den upphandlande enheten får förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som enheten har angett i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt den grund för tilldelning som tillämpas (jfr 4 kap. 3 § lagen [2007:1091] om offentlig upphandling, LOU). Vid bedömningen av om de grundläggande principerna har iakttagits under ett förhandlat förfarande blir det relevant att pröva på vilket sätt förhandlingen har genomförts, snarare än vilken typ av kontraktsvillkor som varit föremål för förhandling (jfr HFD 2015 ref. 63). Även om den upphandlande enheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att kraven i förfrågningsunderlaget, som den frivilligt valt att göra tvingande, iakttas (jfr bl.a. Europeiska unionens förstainstansrätts dom den 28 november 2002 i mål T-40/01, Scan Office Design SA mot Europeiska unionens kommission). Det finns inget som hindrar att en upphandlande enhet inleder förhandling med en eller flera anbudsgivare så snart anbuden har öppnats. Det finns heller inga formkrav som måste vara uppfyllda för att en förhandling ska anses ha genomförts.

Av utredningen i målet framgår att Swebo i anbudsformuläret har kryssat i "Ja" för att kraven i bilagorna 3 till och med 7 är uppfyllda, dvs. bl.a. kraven i de tekniska beskrivningarna om att all utrustning, förutom eventuell askbehållare/container, ska vara placerad i centralen. Något krav på att anbudsgivare haft att ge in ritning över sin offererade lösning har såvitt framkommit inte ställts i upphandlingen. Det är i målet ostridigt att Swebo i anbudet angett måtten 9,4 x 3,3 meter samt att oljetanken är placerad utanför centralen i den ritning som Swebo ändå valde att lämna in med anbudet. Det är mellan parterna också ostridigt att de i det ursprungliga anbudet angivna måtten ökar med oljetanken inrymd i centralen, men att måtten alltså ligger inom angivna mått (8 x 14 meter). Bionär har uppgett att man valt att enbart förhandla med Swebo och att ett förtydligande inhämtats från Swebo med anledning av den ritning Swebo gav in med anbudet. I förtydligandet, som således begärdes in efter anbudsöppningen och såvitt framkommit som ett led i den initiala förhandlingen med Swebo, bekräftas att oljetanken kommer att placeras inomhus i prefabricerad central. I förtydligandet uppger Swebo vidare att det på ritningen bara är markerat ytan och att placeringen kan skilja beroende på slututförande. Enligt förvaltningsrättens bedömning får den justering som Swebo gjort i samband med förtydligandet anses som en sådan anpassning av anbudet som är tillåten inom ramen för ett förhandlat förfarande enligt LUF. Det konstateras vidare att förhandlingen med Swebo inte resulterat i att kravet som sådant på att all utrustning, förutom eventuell askbehållare/container, ska vara placerad i centralen frånfallits eller ändrats. Förvaltningsrätten finner inte heller visat att Bionär har tagit ovidkommande hänsyn då man valt att inleda förhandling med enbart Swebo eller att förhandlingen på annat sätt genomförts i strid med någon av de grundläggande principerna i LUF. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Referenser

I **förfrågningsunderlaget** (punkten 4.2 Referenser, Bilaga 10 - Anbudsformulär 6090) föreskrivs bl.a. följande:

Redovisa referenser i ”Bilaga 11 – Referenser” som fylls av referenserna och sänds in med anbudet av anbudsgivaren. Referenserna ska avse minst tre liknande anläggningar (märke/modell på panna ska vara samma som i anbud +/- 100 kW.) och vara levererade efter 2014-01-01. Om alternativa pannor offereras ska det finnas referenser för alla alternativ.

Ariterm gör gällande att de av Swebo åberopade referenserna inte uppfyller kraven och att Swebo i utvärderingen rätteligen skulle ha tilldelats 0 poäng vid utvärderingen av referenser. Ariterm pekar i denna del på bl.a. följande. Swebo har bifogat tre referenser som avser materialleveranser, dvs. Swebo har enbart levererat komponenter för platsbyggda anläggningar som eldas med flis. Kunderna har själva installerat anläggningarna på plats och Swebo har sedan gjort uppstart och intrimning. Det är uppenbart att de tre referenserna inte kan anses som ”liknande anläggningar” eftersom anbudet ska gälla för ”kompleta, flyttbara prefabricerade pelletseldade panncentraler med oljebackup”. Referenserna utgör 10 % av den totala utvärderingspoängen och Swebo har tilldelats 0,47 poäng för referenserna. Den totala utvärderingssumman ska ändras från 4,42 till 3,95 och anbudet är därmed inte det med högst utvärderingspoäng. I förfrågningsunderlaget (bilaga 10, punkten 4.2 [Anbudsformuläret, förvaltningsrättens notering]) framgår tydligt att med ”liknande anläggning” avses ”en mobil värmecentral, totalentreprenad och att det skall eldas med pellets”. I förfrågningsunderlaget tydliggörs ytterligare att pannan måste vara av samma märke/modell. Den utvärderingsblankett som har använts i förfrågningsunderlaget stödjer inte vad Bionär angett om att det är ”pannan” som skulle vara det viktigaste i referenserna. I referensformuläret fanns frågor som visar på andra lika viktiga punkter, ef-

tersom det inte viktades mellan frågorna om ”produkten” jämfört med frågor om leverantören, dennes organisation och kompetens. Det är en efterhandskonstruktion att det viktigaste är ”pannan” och inte ”produkten”, vilket styrks genom referensformuläret.

Bionär framför i denna del bl.a. följande. De pannanläggningar som avses upphandlas består av en fastbränslepanna (pellets), en oljepanna som reserv samt diverse kringutrustning. Det absolut mest kritiska i anläggningen är fastbränslepannan, då det skulle medföra stora ekonomiska konsekvenser om denna inte skulle fungera enligt förväntan. Texten i anbudsformuläret gällande referenser kompletterades den 18 april 2016 med följande text i annonsen: ”Gällande referenser har vi förstått att det inte levererats så många pannor i den här storleken under den period vi begärt för referenser och därför ändrar vi villkoren för referenser. Nya villkoren är samma panntyp levererad tidigast 2011 med storlek +/- 400kW jämfört med efterfrågad effekt.”. Det framgår tydligt av texterna vad som avses med liknande anläggning och det är att det är pannan som levereras som är det viktiga i referenserna. Referenserna från Swebo avser offererad panna inom ramen för effektkravet och är levererade efter angivet datum. Att vissa referenser eldas med flis beror på att dessa pannor går att elda antingen med flis eller med pellets, vilket heller inte påverkar referensens relevans. Referenserna uppfyller således kraven och ska användas i anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis kan konstateras att Swebo i anbudsformuläret kryssat i ”Ja” för att minst tre ifyllda referenser är med i anbudet samt i kommentar angett att ”[v]issa av pannorna eldas med flis men har samma funktion.”. Swebo har vidare redovisat tre referenser i Bilaga 11 och i den sistnämnda bilagan även fyllt i de efterfrågade uppgifterna i form av bl.a. kortfattad beskrivning av leveransen och genomförandeår. Referenslämnande företag har vidare, i

enlighet med den instruktion som ges i bilagan, betygssatt enligt angiven skala och i förekommande fall lämnat kommentarer till betygen.

Enligt förvaltningsrättens mening får Bionär i egenskap av upphandlande enhet ges ett visst tolkningsföreträde när det gäller vilka anläggningar som kan anses som liknande i upphandlingen. Bionär har bl.a. pekat på att det absolut mest kritiska i den nu upphandlade anläggningen är fastbränslepannan med hänsyn till att det skulle få stora ekonomiska konsekvenser om denna inte fungerade enligt förväntan. Enligt förvaltningsrättens mening vinner Bionärs uppfattning om hur begreppen ”liknande anläggning” ska förstås också stöd i hur referenskravet i punkten 4.2 i anbudsföreläret är uppbyggt rent språkligt. Enligt förvaltningsrätten ligger det närmast till hands att tolka skrivningen inom parentes, dvs. märke/modell på panna, som direkt syftande på uttrycket ”liknande anläggningar”. Den komplettering av förfrågningsunderlaget som Bionär publicerade den 18 april 2016 ger ytterligare stöd för att det är pannan som främst åsyftas i referenskravet. Förvaltningsrätten finner, vid en jämförelse mellan de uppgifter som Swebo har lämnat i bilaga 11 och de krav som föreskrivs under punkten 4.2 i anbudsföreläret, inte visat annat än att Swebo uppfyller det aktuella referenskravet. Vad Ariterm har framfört i denna del visar således inte att Bionär har agerat i strid med vare sig förfrågningsunderlaget eller de grundläggande principerna i LUF vid bedömningen och utvärderingen av Swebos lämnade referenser. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

Tryckhållningssystem

Ariterm anför att det av de tekniska beskrivningarna framgår att ett tryckhållningssystem ska ingå och gör gällande att detta saknas i Swebos anbud.

Bionär invänder i denna del att Swebo har accepterat den tekniska beskrivningen och att tryckhållningssystem därmed ska ingå. Det framgår inte av

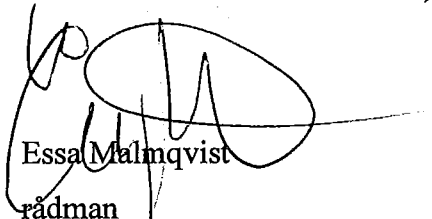
Swebos anbud att tryckhållningssystem ingår, men förfrågningsunderlaget innehåller heller inget krav på att information om sådant system ska ingå i anbudet. Bionär har under utvärderingen även verifierat med Swebo att tryckhållningssystem ingår.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte kan utläsas något krav på att anbudsgivare i anbudet ska verifiera att tryckhållningssystem ingår. Vid dessa förhållanden och då Swebo i anbudsformuläret har kryssat i att samtliga krav i bl.a. de tekniska beskrivningarna uppfylls, gör förvaltningsrätten bedömningen att Ariterm inte har visat att Swebos anbud brister i förhållande till kravet på tryckhållningssystem. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Ariterm inte har framfört omständigheter som visar att Bionär har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF genom att anta anbud 1 från Swebo. Förvaltningsrätten finner vid denna utgång inte skäl att pröva Ariterms invändningar mot Swebos anbud 2 i sak då Ariterm uppenbart inte kan anses lida skada i det avseendet.

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


Essa Malmqvist
rådman