



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden G Lavås

DOM
2013-01-16
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1847-12 E

SÖKANDE

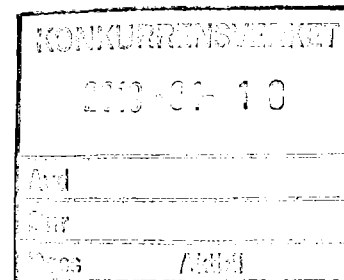
Eolus Vind Aktiefbolag, 556389-3956
Tredje Avenyen 3
281 21 Hässleholm

MOTPART

Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 47922

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Jämtlands läns landsting genomför upphandling av vindkraftverk inklusive erforderliga tjänster för drift, övervakning och underhåll (dnr LS/1430/2011). I tilldelningsbeslut den 31 maj 2012 beslutades att avtal ska tecknas med Greenextreme AB, med motiveringen att det anbudet är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till utvärderingskriterierna.

YRKANDEN M.M.

Eolus Vind Aktiebolag (Eolus) begär överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Greenextreme AB diskvalificeras och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Eolus anför bl.a. följande.

Greenextreme AB:s anbud uppfyller inte ska-kravet på fackmannamässighet såvitt avser produktionsberäkningen. I förfrågningsunderlagets punkt 3.1.3 anges som krav att vindmätning ska vara utförd på fackmannamässigt sätt och under minst 12 månader. Det vinnande anbudet omfattar mätning endast 10 månader och enligt värden som understiger vad som normalt anses fackmannamässigt. Branschen är enig om att mätning med sodarteknik innebär så stora osäkerheter i mätteknik att resultat endast går att använda till mycket övergripande vindklimatskartläggningar. Sodarteknik är flyttbar och billig i förhållande till en fast vindmätningmast, varför oerfarna vindkraftprojektörer ofta felaktigt nyttjar sodar som enda mätmetod. Vidare så har en oerfaren kund svårt att syna kvalitetsskillnaderna eftersom resultatet ofta presenteras på en övergripande nivå.

Greenextreme AB:s anbud uppfyller inte heller ska-kravet om ett fullgott serviceavtal. Efter att det vinnande anbudet lämnats in har Greenextreme AB:s anbud diskvalificerats i en liknande upphandling gällande samma

grupp av verk på grund av att serviceavtalet inte täcker samtliga reservdelar och utrustning. Samma ska-krav finns även i detta förfrågningsunderlag, se punkt 4.7.

Landstinget har inte tagit hänsyn till produktionsförluster vid utvärderingen av Greenextreme AB:s anbud, något om skett vid utvärderingen av de övriga anbuden. Alla verk har produktionsrelaterade förluster och det brukliga sättet är att ta hänsyn till sådana förluster vid uppskattning av produktion. Normalt brukar man räkna med att sådana förluster uppgår till 14-17 procent. Den enda hänsyn som tagits är vakförluster om 4 procent. Greenextreme AB:s anbud skulle inte vara det ekonomiskt mest fördelaktiga om hänsyn tagits till produktionsrelaterade förluster och man följt kravet om tillräckligt lång vindmätning, som i sig utgör en stor osäkerhet i produktionen. Detta innebär att likabehandlingsprincipen inte följts.

Upphandlingen har genomförts som förhandlad upphandling utan att någon annan än Greenextreme AB har bjudits in till förhandling. I den mån som förhandlad upphandling ens kan anses aktuell i en upphandling som den förevarande kan inte effektiv konkurrens anses ha uppnåtts om inte mer än en anbudsgivare bjuds in till förhandling. Hade Eolus fått komma till en förhandling hade bolaget kunnat erbjuda ett lika lågt serviceskydd till ett mycket lågt pris.

I förhållande till andra branscher är vindkraften relativt ung. Därför är många upphandlare mycket oerfarna och gör ofta väsentliga misstag i anbudsutvärderingen. Greenextreme AB har lämnat ett utvärderingsunderlag som kraftigt avviker från branschstandard avseende kvalitet och beräkningsmetod. Resultatet är att den intjäningsförmåga som Greenextreme AB förespeglar är direkt felaktig och väsentligt överskattad.

Jämtlands läns landsting (landstinget) bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser investering i ett vindkraftverk samt drift, övervakning och underhåll av vindkraftverket under fem år.

Angående *kravet på fackmannamässighet vid produktionsberäkningen* krävdes i förfrågningsunderlaget att vindförhållandena skulle ha uppmätts med vindmättningsmast, sodarmätning eller ett i aktuellt område uppmonterat vindkraftverk under minst 12 månader. Greenextreme AB har tillämpat sodarmätning (mätning med radiovågor) på den aktuella platsen. I enlighet med punkten 6.4 i de administrativa föreskrifterna har resultaten från mätningen analyserats av en oberoende erfaren tredjepartskonsult. Det framgår att konsultens rapport avser analys av vindmätningar under perioden den 1 juli 2009 - 14 augusti 2010, således 13,5 månader. Kravet på sodarmätning under minst 12 månader är därmed uppfyllt. Att det under en period av sådan längd förekommer störningar av olika omfattning vilket inneburit avbrott i mätningen är inte onormalt. Den oberoende konsulten har utifrån erhållna mätdata kunnat utföra sina beräkningar, tillgängliga data har jämförts med utförlig vindstatistik och från långtidsmätstationer i närheten och normalårskorrigerats. Landstinget kan inte se annat än att beräkningarna har utförts enligt branschpraxis och därmed fackmässigt.

Angående *serviceavtalet* återfinns landstingets krav på driftavtalet under punkterna 4.1 - 4.7 i dokumentet Kravsammanställning och tekniska specifikationer. Anbudet ska innefatta en drifts-, underhålls- och övervakningslösning för fem år från och med övertagandet. Det är således upp till anbudslämnaren att föreslå en lösning, vilket sedan utvärderas enligt punkterna 5.1 och 5.1.1.2 i de administrativa föreskrifterna. Ska-kravet i punkt 4.7 är begränsat till reservdelar för normal förslitning och av förbrukningskaraktär samt erforderlig serviceutrustning. Det är således inte något fullserviceavtal. Kravet avser vidare hantering och lagerhållning vilket inte

är det samma som att anbudsgivaren ska stå kostnaden för aktuell reservdel och serviceutrustning, och inte heller för kostnaden för reservdelar vid normal förbrukning och förslitning samt av serviceutrustning. Om Eolus felaktigt tolkat innehållet i dessa avsnitt är det något som Eolus själv får stå risken för.

Angående *hänsyn till produktionsförluster vid utvärderingen* bestrids att sådan hänsyn inte skulle ha tagits. Tredjepartskonsultens hänsyn till vakförluster och beräkning av nettoproduktion sammantaget med Greenextreme AB:s egen reducering av nettoproduktionen innebär att hänsyn har tagits till tekniska produktionsförluster motsvarande 9-14 procent.

Slutligen vad avser *frågan om förhandling med Greenextreme AB* har upphandlingen genomförts genom förhandlat förfarande med föregående annonsering. Sedan kvalificering genomförts har fyra leverantörer bjudits in att lämna anbud. Av punkt 2 i de administrativa föreskrifterna framgår att landstinget efter en första utvärdering avsåg att välja ut maximalt tre leverantörer för förhandling. Förutsättningarna för utvärderingen samt viktningen mellan de tre kriterierna framgår under punkt 5 i de administrativa föreskrifterna och vidare på s. 8-11. Efter den fullständigt genomförda första utvärdering framkom att Greenextreme AB:s anbud var det överlägset bästa (97,5 poäng jämfört med Eolus andraplats med 37,92 poäng) varför förhandling endast gjordes med Greenextreme AB. Ett skäl till den stora skillnaden mellan anbuden såvitt avser kostnadsbesparing i förhållande till Greenextreme AB var att Eolus offererade verk var i drift. I enlighet med punkten 2.1 i de administrativa föreskrifterna drogs förbrukad tid bort från den beräknade livslängden om 20 år. Motsvarande gjordes för beräknade intäkter från elcertifikat under 15 år. För att uppväga denna skillnad mellan Greenextreme AB:s offererade nya verk och Eolus verk som redan var i drift skulle Eolus innan förhandlingen ha behövt sänka sin

kostnad för verket med nästan 9 miljoner kr till ca 21,5 miljoner kr. Vid förhandlat förfarande får den upphandlande myndigheten bjuda in utvalda anbudslämnare och förhandla om kontraktvillkoren. Landstinget bedömde att det inte var möjligt för Eolus att uppväga den stora skillnaden varför man valde att endast förhandla med Greenextreme AB. Detta beslut står inte i strid med de grundläggande principerna i LOU.

Under och inför upphandlingen har landstinget anlitat sakkunniga konsulter från teknikkonsultföretaget Sweco, som biträtt såväl vid framtagandet av förfrågningsunderlaget som vid prövningen av anbuden. Det är inte möjligt att göra en 100-procentig beräkning utan landstinget har efterfrågat en bedömning med 75 procents sannolikhet. Denna modell är vedertagen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010 men före den 1 november 2011. Med hänsyn härtill ska LOU tillämpas i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 1 november 2011.

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 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 (16 kap. 6 § LOU).

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Med förhandlat förfarande avses enligt 2 kap. 9 § LOU ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Utredningen i målet

Av Administrativa villkor och bestämmelser framgår bl.a. följande.

2 UPPHANDLINGSFORM OCH FÖRFARANDE

Denna upphandling genomförs enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingsformen som kommer att användas är förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § LOU.

Upphandlingen genomförs i två steg, där det första steget omfattar en kvalificering av anbudsgivare (redan genomfört) och steg två omfattar utskick av detta förfrågningsunderlag till kvalificerade anbudsgivare samt inlämnande och utvärdering av anbud. Landstinget avser efter utvärdering att, bland de som landstinget anser bäst uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget, välja ut max tre (3) anbudsgivare för förhandling.

5 ANBUDSUTVÄRDERING OCH KRITERIER FÖR BEDÖMNING.

5.1 Utvärderingsgrund och utvärderingskriterier

Det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt för Jämtlands läns landsting kommer att antas. Vid utvärderingen kommer följande kriterier att bedömas:

- A. Den kostnadsbesparing som den egenproducerade vindkraftselen bedöms åstadkomma för landstingets räkning.
- B. Åtagande, erfarenhet, organisation och kvalitet med avseende på drift, underhåll och övervakning.

C. Garantier och garantiåtaganden.

5.1.1. Viktning av utvärderingskriterier och beräkning av totalpoäng

Vart och ett av de inlämnade anbuden poängsätts efter kriterieuppfyllnad. Varje parameter kommer att ges poäng mellan ett (1) och hundra (100) och viktas samman till ett slutresultat enligt nedan.

Således kommer parameter A att värderas till 90 %, medan parameter B och C värderas till 5 % vardera.

6.4 Produktionsberäkning

Anbudet ska innehålla en komplett utvärdering av aktuella vindförhållanden, samt två produktionsberäkningar i form av en P(75)- och en P(50)-beräkning (bedömd årsproduktion med 75 respektive 50 procents sannolikt utfall), båda utförda enligt branschpraxis. OBS att endast beräkningen vid P(75) kommer att användas vid utvärderingen.

Av utvärderingen ska tydligt framgå hur vindförhållanden och mätdata har registrerats och utvärderats. P(75) och P(50)-beräkning ska vara utförd av en erfaren tredjepartskonsult. Samtliga ingående antaganden och avgränsningar i båda beräkningar, exempelvis tillgänglighet och förluster, ska klart framgå, redovisas och motiveras och kunna styrkas genom beräkningar och erfarenheter från likvärdiga anläggningar. Vidare ska en varaktighetskurva ingå i anbudet som visar sannolikhetsfördelningen för det aktuella vindkraftverkets samtliga produktionsnivåer (effekt och energi) över året.

Av Kravsammanställning och tekniska specifikationer framgår bl.a. följande.

3.1.3 Vindmätning

Utvärdering av vindförhållanden ska ha uppmätts med vindmätningmast, Sodar-mätning alternativt ett i aktuellt område uppmonterat vindkraftverk under minst 12 månader och vara utförda på ett fackmannamässigt sätt.

4 FÖRVALTNING - DRIFT, UNDERHÅLL OCH ÖVERVAKNING

4.1 Åtagandets omfattning

Anbudet ska, för vindkraftverket, inkludera en drift-, underhålls- och övervakningslösning för 5 år från och med övertagandet och med möjlighet till förlängning. --- Anbudet ska

därför omfatta en lösning som omfattar alla åtaganden som krävs för att landstinget inte ska behöva avsätta några resurser för att hantera den dagliga driften, säkerställa en säker och optimal elproduktion samt säkerställa att elproduktionen sker enligt gällande regelverk och lagstiftning.

4.7 Reservdelar och serviceutrustning

Anbudet ska, för de fem (5) år som anbudet omfattar, omfatta hantering och lagerhållning av reservdelar för normal förslitning och av förbrukningskaraktär samt erforderlig serviceutrustning, dels för garantitiden och dels efter garantitidens utgång.

I punkt 6.7 i Administrativa villkor och bestämmelser anges vidare bl.a. följande:

6.7 Sammanfattning av garantier och åtaganden

Landstinget efterfrågar goda garantier och garantiåtaganden, vilka minst ska avspegla vad som är att betrakta som branschgenomsnitt.

Då landstinget förväntar sig vissa variationer med avseende på garantiernas och garantiåtagandenas omfattning och upplägg kommer en ekonomisk och riskmässig värdering av samtliga inkomna anbud att göras.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50 framgår bl.a. att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare ska en utvärderingsmodell vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt

utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Frågan i målet är om landstinget i enlighet med vad som anförs av Eolus vid genomförandet av den aktuella upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen, och om upphandlingen därmed ska rättas eller göras om.

En upphandlande myndighet kan i sitt förfrågningsunderlag och i de andra handlingar som utgör grunden för de potentiella anbudsgivarnas ställningstagande till om anbud ska lämnas och hur anbud ska utformas ställa upp ett antal så kallade ska-krav. För att ett anbud inte ska diskvalificeras innan utvärderingen måste samtliga uppställda ska-krav vara uppfyllda. Den upphandlande myndigheten kan inte under pågående upphandling ändra eller frånträda några ska-krav, eftersom det skulle strida mot principerna om transparens och likabehandling. Detta gäller även om någon anbudsgivare anser att ett uppställt ska-krav är felaktigt eller inte är tillräckligt och påtalar det för den upphandlande myndigheten, oavsett om anbudsgivaren har fog för sin kritik eller inte. I förevarande mål har Eolus anfört att det vinnande anbudet från Greenextreme AB inte uppfyller kravet på att vindmätning ska ha utförts på ett fackmannamässigt sätt. De administrativa villkoren och kravsammanställningen anger att anbudet ska innehålla en komplett utvärdering av aktuella vindförhållanden och produktionsberäkningar i form av en P(75)- och en P(50)-beräkning. Beräkningarna ska vara utförda enligt branschpraxis och av en erfaren tredjepartskonsult. Vindförhållandena ska ha uppmätts t.ex. genom sodar-mätning under minst 12 månader och vara utförda på ett fackmannamässigt sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att det vinnande anbudet uppfyller dessa ska-krav, vilket även landstinget anser att anbudet gör. De synpunkter Eolus anfört om kvalitén på mätningar m.m. föranleder ingen annan bedömning. Eolus har

också anfört att landstinget inte tagit hänsyn till produktionsförluster vid utvärderingen av det vinnande anbudet, medan landstinget har uppgett att erforderlig hänsyn till sådana förluster visst har tagits vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner att det inte har kommit fram att utvärderingen av det vinnande anbudet skulle ha gjorts på felaktigt sätt. Dessa påståenden från Eolus medför således ingen åtgärd.

Vidare vad gäller serviceavtalets omfattning anges i kravsammanställningen att anbudet ska inkludera en drift-, underhålls- och övervakningslösning för fem år och ska omfatta en lösning som omfattar alla åtaganden som krävs för att landstinget inte ska behöva avsätta några resurser för att hantera den dagliga driften m.m. För dessa fem år ska anbudet omfatta hantering och lagerhållning av reservdelar för normal förslitning och av förbrukningskaraktär samt erforderlig serviceutrustning. Landstinget har uppgett att den lösning som angetts i det vinnande anbudet uppfyller dessa krav. Förvaltningsrätten finner inte anledning att göra annan bedömning.

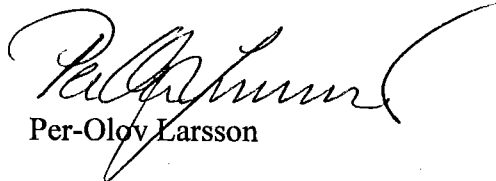
Vad slutligen avser förfarandet med förhandling konstaterar förvaltningsrätten att landstinget i de administrativa föreskrifterna uppgett att man efter utvärdering avsåg att välja ut max tre anbudsgivare för förhandling bland de anbud som landstinget ansåg bäst uppfyller ställda krav. Landstinget har i målet förklarat att anbudet från Greenextreme AB vid utvärderingen fick så mycket högre poäng än Eolus anbud, som kom på andra plats, att det inte bedömdes vara möjligt för Eolus att vid en förhandling uppväga denna skillnad. Förvaltningsrätten anser inte att det kommit fram att landstinget genom att välja att endast förhandla med Greenextreme AB under dessa förutsättningar skulle ha brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det utifrån vad Eolus anfört inte kommit fram annat än att upphandlingen har genomförts i enlighet med

LOU och de grundläggande principerna om offentlig upphandling. Eolus ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Per-Olov Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1C LOU