



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
2012-05-30
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3004-12 E

SÖKANDE

Ariterm Systems AB, 556813-0495
 Flottiljvägen 15
 392 41 Kalmar

MOTPART

Bromölla Fjärrvärme AB, 556520-4848
 Storgatan 40
 295 31 Bromölla

ÖVRIG BERÖRD

Värmeprodukter AB
 Box 9047
 400 91 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KONKURRENSVERKET	
2012-05-31	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Värmeprodukter AB inte får beaktas.

YRKANDE M.M.

Bromölla Fjärrvärme AB genomför med ett förenklat förfarande upphandling av totalentreprenad avseende installation av Pelletspanna på Fastigheten Näsrum 12:2. Av underrättelse om tilldelningsbeslut den 14 mars 2012 framgår att anbudet från Värmeprodukter AB:s anbud antagits.

Ariterm Systems AB (Ariterm) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så vis att Bromölla Fjärrvärme AB ska företa en ny utvärdering utan medtagande av Värmeprodukter AB:s (Värmeprodukter) anbud samt att Ariterms anbud ska antas. Som grund för sin talan anför Ariterm bl.a. följande. Bromölla Fjärrvärme AB har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU då Bromölla Fjärrvärme AB tagit Värmeprodukters anbud till prövning trots att det inte avgivits i enlighet med förfrågningsunderlaget. Anbudet har således varit ”orent” och skulle rätteligen ha förkastats av Bromölla Fjärrvärme AB. Att orena anbud ska förkastas framgår av massiv svensk rättspraxis samt även EU-rättslig praxis.

Värmeprodukters anbud uppfyller inte skall-krav enligt förfrågningsunderlaget om offertens giltighetstid om 60 dagar (AFB.33). Enligt Värmeprodukters anbud är detta giltigt i 30 dagar. Vidare uppfyller Värmeprodukters anbud inte entreprenadformen enligt förfrågningsunderlaget, ABT 06 (AFB.12). Enligt Värmeprodukters anbud är det entreprenadformen NLM02 med tillägg VP1.5-8. Skillnaden mellan dessa båda standardavtal är så väsentliga avseende bl.a. ansvar, reklamationsrätt och utställande av säkerhet att de normalt påverkar prissättningen. I den kompletterande offerten som Värmeprodukter skickade in den 6 februari 2012 står fortfarande ”NLM-02 med tillägg VP1.5-08”. Ändring av anbudets leveransbestämmelser tas inte upp förrän den 2 mars då underlag till avtal diskuteras enligt e-post från Bromölla Fjärrvärme AB.

Värmeprodukters anbud uppfyller inte heller kraven på att effektpannan ska vara dimensionerad för 1000 kW, något som krävs enligt förfrågningsunderlaget (TB 2.6). Såväl i Värmeprodukters grundanbud som i kompletterande anbud anges "D'Allesandro fastbränslepanna CS-950 effekt 950 kW, för biopellets klass 1". För det fall Ariterm skulle ha fått offerera en panna med lägre effektkapacitet än vad som anges i förfrågan skulle priset ha kunnat reduceras.

Bromölla Fjärrvärme AB har inte begärt in kompletterande uppgifter om anbudens giltighetstid, leveransvillkor, dimensionering eller leveransvillkor i sitt utskick om kompletterande uppgifter till anbudsgivare. Ariterm lämnade också in kompletterande uppgifter, men dessa har inte berört anbudens giltighetstid, leveransvillkor, dimensionering eller leveranstid, utan de kompletterande uppgifterna avser endast tekniska detaljer såsom askbehållare och storlek på pellets silo. Ändring av offertens giltighet tas inte upp förrän den 2 mars då underlag till avtal diskuteras via e-post.

Bromölla Fjärrvärme AB efter anbudstidens utgång tillåtit Värmeprodukter att ändra entreprenadform till ABT 06 samt till att anbudet är giltigt i 60 dagar. Värmeprodukter har även fått skriva in 1000 kW avseende pellets-pannan efter anbudstidens utgång. Värmeprodukter har på ett otillåtet sätt tillåtits komplettera sitt anbud.

Om Värmeprodukters anbud rätteligen skulle ha förkastats skulle Ariterm varit det mest fördelaktiga av de kvarvarande anbudsgivarna och tilldelats kontraktet. Som en direkt konsekvens av Bromölla Fjärrvärme AB:s agerande har Ariterm alltså lidit skada.

Värmeprodukter har dessutom fått för hög poäng vid utvärderingen såvitt avser värderingen av leveranstid. I Värmeprodukters anbud är 9-12 veckors

leveranstid ikryssat, vilket enligt redovisad värderingsmodell skulle ge 4 poäng. Bromölla Fjärrvärme AB har dock gett Värmeprodukter 5 poäng. Bromölla Fjärrvärme AB har aldrig gått ut med att man har en förhandling under eller efter anbudstidens utgång. Värmeprodukter har ändå fått erbjudande om en framtida anläggning och tillåtits ändra leveranstiden till 8 veckor. Enligt Bromölla Fjärrvärme AB har det ur anbuderna framgått tveksamheter avseende hur anbudsgivarna tolkat begreppet "leveranstid". Detta har varken Ariterm eller någon annan anbudsgivare fått några kompletterande frågor om. Under anbudstiden har Bromölla Fjärrvärme AB till samtliga anbudsgivare lämnat förtydligande uppgifter i dokumentet "frågor 4" avseende vad som avses med leveranstid och redovisat svaret "När modulen är på plats". Enligt Ariterm kan det därmed inte råda några tvivel om att den tidpunkt som avses är när den efterfrågade pannmodulen levereras på av beställaren anvisad plats i Näsrum. Trots detta har Värmeprodukter tillåtits att ändra uppgift om leveranstid efter anbudsöppning. För det fall Värmeprodukters anbud, trots väsentliga avvikelser från förfrågan, skulle värderas baserat på i anbud lämnad uppgift om leveranstid skulle, med den av Bromölla Fjärrvärme AB redovisade värderingsmodellen, Värmeprodukters anbud ges färre poäng för leveranstid och därmed färre poäng totalt sett. Som en konsekvens av detta finner Ariterm av dess anbud skulle ha erhållit flest poäng vid värderingen och därmed befunnits vara det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

Bromölla Fjärrvärme AB anser att förvaltningsrätten ska avslå Ariterms yrkande om att rättelse ska ske och anför som grund för sin inställning bl.a. följande. Bromölla Fjärrvärme AB anser att man inte brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap 9 § LOU. På alla de punkter som Ariterm åberopar har kompletteringar skett, men de utgör enligt Bromölla Fjärrvärme AB:s bedömning tillåtna förtydliganden och kompletteringar enligt 15 kap. 12 § LOU. Kompletteringar har även begärts från Ariterm under utvärderingen av anbuderna.

Anbudstiden

Ariterm hävdar för det första att Värmeprodukters anbud inte uppfyller skall-kraven om offertens giltighetstid. Eftersom Värmeprodukter i Anbudsformuläret ställt sig bakom skall-kraven inklusive giltighetstid på 60 dagar och när det angavs annat i texten i offerten, ansåg Bromölla Fjärrvärme AB att endast en begäran om klarläggande kunde ge ett besked om vad Värmeprodukter avsåg. Det var helt enkelt olika uppgifter i anbudet. Enligt Bromölla Fjärrvärme AB uppfattning måste detta vara en sådan åtgärd som en myndighet får göra utan att detta ska anses vara risk för att betraktas som en särbehandling.

Leveransbestämmelser

Ariterm hävdar vidare att Värmeprodukters anbud inte uppfyller entreprenadformen enligt förfrågningsunderlaget. Samma förfaringssätt har använts som vad gäller invändningen om anbudstid. Det finns två olika uppgifter i anbudet och Bromölla Fjärrvärme AB har begärt klarläggande om vilket Värmeprodukter avsåg.

Dimensionering

Ariterm hävdar därefter att Värmeprodukters panna inte uppfyller kraven på effekt enligt förfrågningsunderlaget. Det som angivits i förfrågningsunderlaget är krav på max-kapacitet. I Värmeprodukters anbud finns angivet att märkeffekten är 950 kW, men att effekten i frysboxen är 1.118 kW, vilket visar att man har möjlighet till högre effekt än märkeffekten. Detta framgår av Värmeprodukters anbud, s. 9 "Beskrivning av maskinen".

Leveranstid

Slutligen hävdar Ariterm att poängbedömning har gjorts felaktigt av leveranstid. När anbuderna skulle utvärderas avseende leveranstid framkom att anbudsgivarna uppenbart hade tolkat detta olika. Detta avser både Ariterms

och Värmeprodukters anbud. Båda anbudsgivarna fick lämna kompletterande upplysningar. Bromölla Fjärrvärme AB hävdar med bestämdhet att det inte var fråga om förhandlingar för att gynna en anbudsgivare utan avsikten var tvärtom att ge båda en möjlighet att ge upplysningar så att de kunde bedömas utifrån samma förutsättningar.

Värmeprodukter AB har fått tillfälle att yttra sig i målet och anför bl.a. följande.

Leveransbestämmelser

I förfrågningsunderlaget framgår tydligt att totalentreprenad ABT-06 är önskad entreprenadform. Det framgår dock inte att detta är ett skall-krav. Att Värmeprodukter inte angett ABT- 06 i sitt anbud saknar betydelse för kvalificeringen. Värmeprodukter har inte motsatt sig ABT 06, och har även hänvisat till ABT-06 i en bilaga. Värmeprodukter har sedan också godtagit ABT-06 men allt detta är en avtalsrättslig fråga. Kompletteringen med uppgiften om tillämpning av ABT-06 saknar betydelse och har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och har inte påverkat själva värderingen/upphandlingsprocessen.

Anbudstid 60 dagar

Det finns ett skall-krav i förfrågningsunderlaget på 60 dagar. Det framgår dock inte av förfrågningsunderlaget att brist angående anbudstiden ska föranleda icke kvalificering/uteslutning. Därför saknar den angivna anbudstiden betydelse för kvalificeringen och därmed också utvärderingen. Det är snarare en in avtalsbundenhetsfråga som anbudsgivare och den upphandlande myndigheten förfogar över än en fråga som har materiell betydelse i själva upphandlingsförfarandet. Värmeprodukter har kompletterat med en ny anbudstid som är tillåten enligt förfrågningsunderlaget. De har också i anbudsformuläret angett att de uppfyller alla skall-krav. Komplette-

ringen med uppgiften om offertens giltighetstid har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Dimensionering

Värmeprodukters panna heter CS950 kan beställas med en nominell effekt på 1000 kW. De har angett motstridiga uppgifter i anbudet. I detta projekt har dock 1000 kW varit det enda som diskuterats. För övrigt finns inte något skall-krav i förfrågningsunderlaget för effekt. Där står endast att dimensionering ska ske samt inom vilka ramar dimensioneringen ska vara. Det framgår inte att de parametrar som framgår är skall-krav och/eller att icke-uppfyllande leder till att anbudet inte anses kvalificerat. Parametrarna får därför i tillämpliga delar endast anses vara ett krav på minimum och maximum. Både Värmeprodukters anbud och kompletteringen håller sig inom föreskriven gräns. Kompletteringen har vare sig påverkat kvalificeringen eller utvärderingen och har därför kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och har inte påverkat själva upphandlingsprocessen.

Leveranstid

Normal branschpraxis för leveranstid är alltid start av värmeleverans. I handlingen framgår inte vad Bromölla Fjärrvärme AB menar med leveranstid. Därför har Värmeprodukter utgått från att leveranstid innebär det som är normalt i branschen och det som har en nytta för kunden. Värmeprodukter har precis som Arterm missat uppdateringen i frågor och svar. Arterm noterade ju inte att de skulle komplettera med större silo. Bromölla Fjärrvärme AB har en mycket udda syn på leveranstid. Värmeprodukter har inte ändrat sin leveranstid. Den är precis densamma som när offerten skickades. Det är bara tolkningen av den uppgivna leveranstiden som har förändrats efter mötet med Bromölla Fjärrvärme AB där Värmeprodukter uppmärksammats på vad Bromölla Fjärrvärme AB avser med leveranstid. Någon komplettering har de facto inte gjorts, utan endast ett förtydligande

som gjorts så att leveranstiden kunnat tolkas på rätt sätt. Förtydligandet har vare sig påverkat kvalificeringen eller utvärderingen och har därför kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och har inte påverkat själva upphandlingsprocessen.

DOMSKÄL

Bromölla Fjärrvärme AB är ett dotterbolag till Bromölla Energi som i sin tur helt ägs av Bromölla kommun. Bolaget har till syfte att på ett miljövänligt sätt värmeförsörja centralorten i Bromölla kommun. Den nu aktuella upphandlingen avser inköp och installation av pelletspanna som ska anslutas till fjärrvärmenätet i Näsum. Med hänvisning till den verksamhet Bromölla Fjärrvärme AB bedriver är enligt förvaltningsrättens bedömning LUF tillämplig på upphandlingen (1 kap. 2 § och 4-10 §§ LUF).

För upphandlingar under tröskelvärdet gäller 15 kap. LUF. Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bl.a. 1 och 16 kap. LUF.

Enligt 1 kap. 24 § ska upphandlande enheter 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 15 kap. 12 § andra stycket LUF får den upphandlande enheten begära att en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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

Förvaltningsrättens bedömning

Ariterm har gjort gällande att vinnande anbudet från Värmeprodukter AB skulle ha förkastats av upphandlande enhet eftersom det inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget avseende anbudets giltighetstid, leveransvillkor, leveranstid och dimensionering.

Anbud som inte uppfyller uppställda obligatoriska krav i en upphandling får inte antas. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att anbud ska vara bindande i 60 dagar (AFB. 33). I Värmeprodukters anbud har i anbudsformuläret ikryssats ett ja-svar på påståendet att samtliga skall-krav är uppfyllda. Samtidigt anges dock uttryckligen i anbudet att offertens giltighetstid är 30 dagar. Värmeprodukter har efter anbudstidens utgång fått en förfrågan av upphandlande enhet avseende giltighetstiden och då uppgett att offerten är giltig 60 dagar. Frågan är om detta är ett sådant förtydligande eller sådan komplettering som kan anses tillåten, eller om Värmeprodukters anbud bort förkastats med hänvisning till bristande uppfyllelse av ett uppställt obligatoriskt krav.

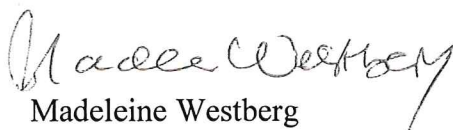
De upphandlingsrättsliga bestämmelserna om förtydliganden och kompletteringar tillämpas restriktivt mot bakgrund av principen om likabehandling och risken för särbehandling. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Det handlar inte om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom att konkretisera dem på ett eller annat sätt.

Förvaltningsrätten anser att det faktum att Värmeprodukter uttryckligen i sitt anbud anger att offertens giltighetstid är 30 dagar innebär att kravet på

att anbudet ska vara bindande i 60 dagar inte är uppfyllt, oaktat att bolaget genom att kryssa i en ja-svarsruta i anbudsformuläret bekräftat att alla skallkrav är uppfyllda. Uppgiften om att anbudet är giltigt 60 dagar innebär enligt förvaltningsrätten att befintlig uppgift i anbudet avseende anbudets giltighetstid ersatts av ny uppgift. Det rör sig därmed inte om ett sådant förtydligande eller sådan komplettering som är tillåten. Upphandlande enhet har således handlat i strid med LUF genom sitt agerande. Av utvärderingsprotokollet framgår att Ariterm vid utvärderingen har bedömts lämna det näst bästa anbudet enligt vald utvärderingsmodell. Ariterm har således lidit skada till följd av agerandet. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därmed. Enligt förvaltningsrätten kan detta lämpligen ske genom rättelse på så vis att Bromölla Fjärrvärme AB gör en ny utvärdering varvid anbudet från Värmeproduktion AB inte beaktas.

Med denna bedömning saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva övriga invändningar som Ariterm framställt i sin ansökan om överprövning av upphandlingen.

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


Madeleine Westberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 uppge 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 3109/1B LOU

