



SÖKANDE

biOptima AB, 556822-3084
Gårdsvägen 11
973 47 Luleå

Ombud: Daniel Engman
Adress som ovan

MOTPART

Fortifikationsverket
631 89 Eskilstuna

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-08-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Fortifikationsverkets upphandling Ombyggnad värmecentral K0230.201 får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i en ny anbudsutvärdering vid vilken anbudet från Fjärrtek i Norr AB inte ska beaktas.

YRKANDEN M.M.

Fortifikationsverket genomför upphandlingen ”Ombyggnad värmecentral K0230.201” (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. I ett tilldelningsbeslut den 16 maj 2013 meddelade Fortifikationsverket att det avsåg att teckna avtal med Fjärrtek i Norr AB (Fjärrtek).

biOptima AB (biOptima) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att Fjärrteks anbud förkastas och anbudsutvärderingen görs om.

Fortifikationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

Fjärrtek har beretts tillfälle att yttra sig.

VAD PARTERNA OCH FJÄRRTEK HAR ANFÖRT

biOptima

Fortifikationsverket har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU då verket har tagit upp Fjärrteks anbud till prövning trots att det inte avgivits i enlighet med förfrågningsunderlaget. Fjärrteks anbud motsvarar inte förfrågningsunderlagets krav i tekniska hänseenden. Anbudet har varit ”orent” och skulle rätteligen ha förkastats. Om Fjärrteks anbud hade förkastats, skulle biOptima vara det mest fördelaktiga av de kvarvarande anbudsgivarna och ha tilldelats kontraktet. Som en direkt konsekvens av Fortifikationsverkets agerande har biOptima lidit skada.

1. Fjärrteks panna med maximalt tryck och temperatur 3 Bar och 110 grader kan inte CE-märkas. Specificerad panna i Fjärrteks anbud med maximalt tryck och temperatur 3 Bar och 110 grader uppfyller inte kraven för

CE-märkning enligt Tryckkärlsdirektivet 8 §. Då Fjärrteks panna är automatiskt eldad (ej manuell påfyllning av bränsle) och har ett maximalt tryck och temperatur 3 Bar och 110 grader, omfattas den inte av 6 eller 7 §§ i direktivet.

2. Fjärrteks anbud uppfyller inte skall-krav på askhantering. I Rambeskrivning Värmeproduktion 4.2 och 4.14 anges att "Askcontainer finns befintligt" och "Aska från förbränning skall automatiskt matas ut befintlig askcontainer placerad utomhus". Fjärrteks anbud visar inte på att nyttja befintlig askcontainer. Huruvida det är ekonomiskt eller tekniskt en bättre lösning med en ny askcontainer är en icke-fråga. Anslutning mot befintlig askcontainer är ett skall-krav i upphandlingen.

3. I Rambeskrivning Värmeproduktion 4.14 anges att "Automatisk utmatning av aska skall ske från förugn, panna och rökgasreningsutrustning". Fjärrteks anbud visar på en lösning med automatisk askning endast från förugn/förbränning och rökgasrening/cyklon. Skall-kravet att om automatisk utmatning av aska från panna/konvektionsdel uppfylls inte och beskrivs i Fjärrteks anbud som ett manuellt moment. Överprövningen avser inte rengöringen av konvektionsdelen.

4. Prestanda för garantipunkter vid 75 procent last redovisas inte i Fjärrteks anbud. Således kan inget prestandaprov utföras enligt Rambeskrivning Värmeproduktion 4.23. Prestandagarantier vid procentuell dellast har inget med effektsteg att göra. 75 procent last är densamma oavsett anläggningens maximala effekt. Att i anbud bifoga den tekniska dokumentationen eller prestandagarantier som förfrågningsunderlaget kräver är att ses som ett skall-krav.

5. Fjärrtek redovisar inte specifik rosterbelastning i sitt anbud, vilket ska redovisas enligt Rambeskrivning Värmeproduktion 4.6. Rosterbelastning

är belastningen på den yta där bränslet förbränns (effekt/ytenhet) och en normal fråga vid anbudslämning av fastbränslepannor. Uppgiften om specifik rosterbelastning påverkas inte av byte av process eller vara enligt AFD 21 i detta fall.

6. Fjärrteks anbud uppfyller inte kraven på referenser, AFB.51. Enligt Fjärrteks anbud saknar Fjärrtek erfarenhet som totalentreprenör i liknande projekt och biOptima kan inte finna någon underentreprenör som har dokumenterad erfarenhet. Fjärrtek har trots brister i egen och underentreprenörers dokumenterade erfarenhet tilldelats 5 poäng av 5 möjliga.

Av Fortifikationsverkets yttrande i förvaltningsrätten framkommer nya värderingsgrunder som inte finns med i förfrågningsunderlagen. biOptima har inte getts möjlighet att beakta de värderingsgrunder som inte återfinns i förfrågningsunderlagen. Det framgår inte i Fjärrteks anbud vilka varor och processer som utbytt och till vad, något som krävs enligt AFD 21.

Fortifikationsverket

Fjärrtek har offererat en anläggning med en högre möjlig värmeeffekt än biOptima, 800 kW kontra 700 kW, som kan vara värt en del, som i nuläget inte kan kalkyleras, om alternativet i laster över 700 kW är att elda en betydligt dyrare fossil eldningsolja. biOptima har offererat en anläggning med bättre verkningsgrader samt billigare och färre slitdelar. Fjärrtek kan leverera anläggningen betydligt snabbare än biOptima.

Rambeskrivning Värmeproduktion, Rambeskrivning VVS och övriga förtecknade handlingar under AFB 22 syftar till att beskriva en omfattning och teknisk nivå som ska vara möjlig att kalkylera en byggkostnad på, dvs. anbudsgivaren kan här få en möjlighet att offerera en egen lösning med en av beställaren angiven lägsta teknisk nivå i en komplex teknisk anläggning som kräver ett systemtänk kopplat till en kostnad.

1. Yrkandet gällande CE-märkning saknar grund i AFS 1994:4 8 §. I 1 § anges att föreskrifterna gäller tryckbärande anordningar och aggregat vars av tillverkaren angivna högsta tillåtna tryck är högre än 0,5 bar. I 8 § beskrivs undantag från kravet på CE-märkning hänvisat till 6 och 7 §§. Redovisad panna är inte ett sådant undantag, dvs. anläggningen kommer att kunna CE-märkas enligt gällande AFS när detaljprojektering och konstruktion, inkluderat riskanalysförfarandet, är slutfört.

2 och 3. Fjärrtek har visat att man avser ersätta denna process enligt anbudsgivarens rätt, se AFD 21. Ingen merkostnad har redovisats under reservationer i "formulär till anbud" som utvärderingen behöver kalkylera in.

4. Effektstegen ser annorlunda ut för Fjärrteks offererade anläggning på 800 kW än den på 700 kW som bioOptima offererat. Fjärrtek har redovisat ersatt process och vara enligt anbudsgivarens rätt, se AFD 21. Ingen merkostnad har redovisats under reservationer i "formulär till anbud" som utvärderingen behöver kalkylera in. Prestandaprov kommer att kunna genomföras på redovisade laster som en del i besiktningsförfarandet.

5. Fjärrtek har redovisat ersatt process och vara enligt anbudsgivarens rätt, se AFD 21. Ingen merkostnad har redovisats under reservationer i "formulär till anbud" som utvärderingen behöver kalkylera in.

6. Referenser - Fjärrtek uppfyller kraven. Fjärrtek har via valet av underentreprenören/produktleverantören Värmeprodukter AB, som är en erkänt stor leverantör i energisektorn av fastbränslepannor och förbränningsprocesser i segmentet 100 kW-2000 kW, visat att det kan erbjuda en referens med stor erfarenhet av liknande anläggningar. Vidare har som underentreprenör valts RTN reglerteknik, som refererar till Piteå Energivärmeverk

och Vindelns kommun som äger och förvaltar värmeproduktionsanläggningar i detta segment. Det ger också en tillräcklig referens.

Båda anbudsgivarna i upphandlingen har blivit lika behandlade och har rätt att delta i upphandlingen och utvärderas. Fjärrteks anbud uppfyller de krav som förfrågningsunderlaget ställer med de redovisade ersatta ändringar av processer och varor som anbudsgivaren äger rätt till enligt Administrativa föreskrifter, AFD 21.

Fjärrtek

1. Anläggningen CE-märks enligt relevanta direktiv. Ett exempel på CE-märkning för en anläggning med § 8-pannor åberopas. CE-märkning är ett vidare begrepp än enbart Tryckkärlsdirektivet.

2 och 3. Anläggningen blir bättre med en ny askcontainer, gammal kan användas om så önskas. Pannan har automatisk askhantering. Konvektionsdelen renblåses med tryckluftssotning.

4. Prestanda för 100 procent och 50 procent i fråga om utsläpp är lika, även för 75 procent. I AFB.31, Anbuds form och innehåll, framgår tydligt att om uppgifter saknas i anbudsformulär kan poängavdrag ske. Anbud ska alltså inte förkastas på grund av detta.

5. Detta är inte relevant för en panna med fast roster. I motsats till biOptimas påståenden framgår tydligt under punkt AFB.31, att om uppgifter saknas i anbudsformulär kan poängavdrag ske. Anbud ska alltså inte förkastas på grund av detta.

6. Fjärrtek har lång erfarenhet av rörtekniska arbeten och har sedan starten 1991 utfört flertalet arbeten som kan liknas med detta projekt. Värmeprodukter kommer att med egen personal vara med vid injustering, provdrift

och även sköta utbildningen av driftspersonalen. Värmeprodukter har dokumenterad erfarenhet, se referenslista.

Det har inte tillkommit några värderingsgrunder. Bedömningarna ligger inom angivna värderingsgrunder, se Administrativa föreskrifter s. 9. Övriga kostnadspåverkande faktorer såsom drift och underhållskostnader ska bedömas, vilket också gjorts. Det saknas skäl att förkasta Fjärrteks anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Enligt likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget.

CE-märkning

biOptima gör gällande att Fjärrtek inte uppfyller skall-kravet på CE-märkning då Fjärrteks offererade panna/anläggning inte kan CE-märkas enligt Tryckkärlsdirektivet.

I förfrågningsunderlaget anges att CE-märkning ska vara färdigställd senast vid slutbesiktning och att totalentreprenören ska vidta de åtgärder som ankommer på tillverkaren enligt Maskindirektivet och Arbetarskyddssty-

relsens föreskrifter. Fortifikationsverket menar att Fjärrteks offererade panna är sådan att den kommer att kunna CE-märkas enligt Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter när detaljprojektering och konstruktion har slutförts. Fjärrtek har i sitt anbud och i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att anläggningen CE-märks samt bifogat en handling som visar att anläggning med en sådan panna som omfattas av § 8 i Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter kan CE-märkas. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det biOptima åberopat inte visar att Fjärrteks offererade anläggning inte kan CE-märkas i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det finns därför inte stöd för ett ingripande enligt LOU på denna grund.

Askhantering

biOptima anser att Fjärrtek inte uppfyller förfrågningsunderlagets skalkrav på att nyttja befintlig askcontainer och automatisk utmatning av aska från panna/konvektionsdel då detta beskrivs som ett manuellt moment i Fjärrteks anbud. Fortifikationsverket har anfört att Fjärrtek visat att det, i enlighet med förfrågningsunderlaget, avser ersätta denna process då ingen merkostnad har redovisats under reservationer i formulär till anbud. Fjärrtek har uppgett att anläggningen blir bättre om en ny askcontainer används men att en gammal askcontainer kan användas om så önskas, att offererad anläggning har automatisk askhantering och att konvektionsdelen renblåses med tryckluftssotning.

Av Rambeskrivning Värmeproduktion framgår att den är upprättad som en kravspecifikation (p. 1) och att generellt gäller för rambeskrivningen att all utrustning för att erhålla funktions/utförandekraven ska ingå om inte annat anges (p. 4). Vidare anges (p. 4.2 och 4.14) att askcontainer "finns befintligt" och att automatisk utmatning av aska ska ske från förugn, panna och rökgasreningsutrustning. Av de administrativa föreskrifterna, AFD 21, framgår att om anbudsgivare önskar räkna med annan process, ska det

anges i anbudet vilken process som utbytt och vad som istället ingår i anbudet. Har så ej skett, gäller det som föreskrivits i handlingarna.

Det får i målet anses utrett att Fjärrteks anbud innebär att en ny askcontainer kommer att installeras. Förfrågningsunderlaget får uppfattas vara utformat på så sätt att leverantören ska använda sig av den askcontainer som redan finns i anläggningen. Fjärrtek har inte i anbudet tydliggjort att den avser att byta ut den delen av processen mot en ny askcontainer. Fjärrteks anbud får därmed anses innebära en avvikelse från vad som angetts i förfrågningsunderlaget och uppfyller således inte kraven i denna del.

Förvaltningsrätten noterar att Fjärrtek i sitt anbud angett att pannan är utrustad med automatisk askutmatning. biOptima har uppgett att bolagets anbud endast innebär automatisk askning från förugn/förbränning och rökgasrening/cyklon. Fjärrtek får anses bestrida riktigheten i detta påstående och uppger att konvektionsdelen renblåses med trycklufssotning. Förvaltningsrätten finner anledning att fästa avseende vid det biOptima uppgett och bedömer att renblåsning inte motsvarar kravet på automatisk utmatning av panna. Det finns således grund för att hävda att Fjärrteks anbud brister i kravuppfyllelse även i den del som gäller automatisk askutmatning.

Garantier och prestanda

biOptima anför att prestanda för garantipunkter vid 75 procents last inte redovisas i Fjärrteks anbud, varför något prestandaprov inte kan utföras enligt Rambeskrivning Värmeproduktion 4.23.

Av Rambeskrivning Värmeproduktion 4.6 och 4.23 framgår att prestanda för fastbränslepannan ska anges vid 25, 50, 75 och 100 procents last och att prestandaprover ska göras för garantipunkter enligt bilaga 1. Prestandaprov ska utföras och godkännas vid samtliga dellaster. Fjärrtek har i sitt anbud

inte redovisat prestanda för 75 procents last. Eftersom detta är ett funktions-/utförandekrav (se punkterna 1 och 4 i rambeskrivningen), uppfyller således Fjärrteks anbud inte de obligatoriska kraven som ställts i upphandlingen i fråga om redovisning av prestanda.

Rosterbelastning

biOptima gör vidare gällande att Fjärrtek inte uppfyller skallkravet om att ange specifik rosterbelastning i anbudet. Enligt Fjärrtek är sådan uppgift inte relevant för en panna med fast roster.

I 4.6 i Rambeskrivning Värmeproduktion anges som ett skallkrav att "Specifik roster belastning redovisas". Det är otvistigt att Fjärrtek inte i anbudet redovisat någon uppgift om specifik rosterbelastning. Fjärrtek har inte heller i anbudet tydliggjort att den avser att använda sig av annan teknik. Fjärrteks anbud får därmed anses innebära en avvikelse från vad som angetts i förfrågningsunderlaget och uppfyller således inte kraven i denna del.

Referenser

Enligt AFB.51, som gäller prövning av anbudsgivare, ställs krav på entreprenörens och föreslagna underentreprenörers dokumenterade erfarenhet av liknande projekt med angivande av referenser.

Förvaltningsrätten bedömer att Fjärrtek i sitt anbud i tillräcklig grad angett uppgifter som svarar mot kraven i fråga om referenser.

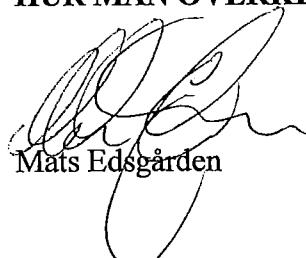
Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Fjärrteks anbud inte svarar mot kraven avseende askhantering, prestanda och rosterbelastning. Samtliga dess krav har i förfrågningsunderlaget utformats som sådana skallkrav som måste vara uppfyllda för att anbudet ska få utvärderas. Det finns således inte utrymme för att i en upphandlings kvalificeringsfas tillämpa ett system med poängavdrag. Fortifikationsverket har genom att

ändå utvärdera Fjärrteks anbud brutit mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Det är vidare utrett att biOptima till följd av detta agerande lidit skada. Det finns därmed förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU.

En mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt bör inte vidtas. Eftersom konstaterade brister inte kan sägas ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt att Fortifikationsverket vidtar en rättelse i form av en ny anbudsutvärdering vid vilken myndigheten bortser från Fjärrteks anbud.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Martina Thorn.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU