

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2014-12-15
Meddelad i
VäxjöMål nr
3196-14**SÖKANDE**Bixia Gryningsvind AB, 556779-5348
Box 1510
581 15 LinköpingOmbud: Advokat Henrik Stenberg
Avenir Advokater AB
Drottninggatan 19
602 24 Norrköping**MOTPART**Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bixia Gryningsvind AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) genomför upphandling av vindkraftverk med tillhörande anläggningsdelar samt att från övertagandet tillhandahålla vissa tjänster. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud antogs den 8 september 2014 anbudet från Eolus Vind AB (Eolus).

Bixia Gryningsvind AB (Bixia) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas sedan rättelse skett på så sätt att anbudet från Eolus förkastas. Bixia anför bl.a. följande.

Eolus anbud har inte uppfyllt skall-kraven i förfrågningsunderlagets bilaga 1, kravspecifikation, punkterna 1.9, 1.10 och 1.14, vilka skulle vara uppfyllda vid anbudslämnandet. Bixia har lidit skada av att anbudet felaktigt utvärderats och antagits, då även övriga anbudsgivares anbud inte ansetts uppfylla alla skall-krav. Om domstolen skulle finna att landstingets tolkning ska gälla om när och hur skall-kraven skall vara uppfyllda är förfrågningsunderlaget i dessa delar oklart för en normalt aktsam anbudsgivare. Underlaget brister i så fall i transparens.

Eolus uppfyller inte skall-kravet i punkten 9, då det i miljötillståndet för vindkraftverket anges att reklam inte får förekomma. Bixia har i sitt anbud angett att uppsättande av logotyp inte medges av miljötillståndet, i vilket det anges att andra ”reklamanordningar” än de däri nämnda inte får placeras på verken. Detta har medfört att landstinget bedömt att Bixia inte uppfyller kravet. Det finns ingen anledning för landstinget att göra en annan bedömning i Eolus fall. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att kravet i punkten 1.9 endast är kontraktsvillkor, som inte behöver vara uppfyllda vid anbudslämnandet. Tvärtom anges i punkten 2.1 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter följande. ”Förfrågningsunderlaget

med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns **skall**. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren och anbudet som på efterfrågad vara och tjänst.” Man kan inte bota en brist i en specifik uppgift som inte överensstämmer med ställda krav genom en allmän beskrivning eller bekräftelse på att man uppfyller alla krav.

Vad gäller punkten 1.10 är det vindkraftverk som Eolus offererat inte typgodkänt och bolaget har inte heller till anbudet bifogat något intyg om att så kommer ske eller bifogat någon plan för detta. Det är inte tillräckligt att Vestas skrivit ett intyg på att processen är pågående för att uppfylla kravet på en plan för erhållande av typgodkännande ska bifogas anbudet.

Angående punkten 1.14 styrker Eolus referenser inte att det offererade vindkraftverket är väl beprövat i nordiskt klimat. Bolaget har endast hänvisat till referenser för ett annat vindkraftverk Vestas V112 och inte det offererade verket Vestas V126. Därtill har bolaget endast lämnat referenser med produktionsdata för Vestas V112 i Danmark och inte i Sverige, Norge, Finland eller Island, där klimatet skiljer sig åt. Det offererade vindkraftverket ska stå i Kristinehamns kommun, där klimatet är annorlunda än i Danmark. En väsentlig skillnad för just nordiskt klimat mellan de båda verken är att på vindkraftverket V 126 finns ingen funktion med avisning eller vingvärme, vilket finns på V 112. Följden av att avisning eller vingvärme saknas på det offererade verket kan bli produktionsbortfall, när det är frysgrader.

Landstinget yrkar att begäran om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det antagna anbudet från Eolus uppfyller samtliga, obligatoriska krav enligt förfrågningsunderlaget. Eolus har genom undertecknandet av anbudet även bekräftat att samtliga skall-krav är uppfyllda och att de kommersiella villkoren accepteras i enlighet med förfrågningsunderlagets

administrativa föreskifter i punkten 3.6. Detta innebär att anbudet är lämnat i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det finns inte anledning att ifrågasätta anbudsuppgifterna och det finns inte heller specifika omständigheter i det enskilda fallet som föranleder en annan bedömning än att anbudsuppgifterna stämmer. Bixia är i enlighet med fast rättspraxis inte längre att betrakta som presumtiv leverantör, varvid Bixia i vilket fall inte kommer att lida någon skada eller än mindre riskera att lida någon skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU, för det fall upphandlingen fullföljs i enlighet med tilldelningsbeslutet.

Kravet i punkten 1.9 är ett särskilt kontaktsvillkor som behöver vara uppfyllt först under kontraktstiden, vilket är en betydligt senare tidpunkten än tidpunkten för anbudets avgivande. Då anbudet är lämnat i enlighet med förfrågningsunderlaget är det obligatoriska kravet uppfyllt i formell mening redan på denna grund, oaktat hur Eolus miljötillstånd villkorats. Eolus har även i anbudsdocument *Svar kravspecifikation* uttryckligen angivit att anbusgivaren accepterar beställarens krav. Vidare är inte landstinget logotyp att betrakta som reklam och om logotypen sätts upp undanskymt i mindre format på maskinhuset till vindkraftverket kan det knappast anses stå i strid med villkoren i miljötillstånd. Om det anses stå i strid med miljötillståndet är det Eolus som har att ombesörja villkorsändringen i miljötillståndet, då Eolus accepterat samtliga skall-krav och uttryckligen lämnat anbudet i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kravet är således uppfyllt i formell LOU-synpunkt, oaktat hur Bixia tolkat sitt eget miljötillstånd.

Kravet enligt punkten 1.10, att vindkraftverket ska vara typgodkänt enligt IEC 61400-22 vid övertagandet, är ett särskilt kontraktsvillkor som ska uppfyllas först i samband med landstingets övertagande av vindkraftverket och inte redan vid tidpunkten för anbudets avgivande. Eolus har även i anbudsdocumentet klart och entydigt angivit följande. ”Offererat vindkraftverk kommer att vara typgodkänt enligt IEC 61400-22 vid övertagan-

det. Se **Bilaga 1.10a samt 1.10b.**” Vad gäller delkravet att bifoga en plan för erhållande av typgodkännande till anbudet så var även detta krav således uppfyllt i Eolus ursprungliga anbud.

Referenskravet i punkten 1.14 är kopplat till tekniken i sig i det offererade vindkraftverket och inte ner på minsta detalj. Den enda skillnaden mellan det offererade vindkraftverket och referensvindkraftverken är att vingspannet eller rotordiametern är större på det offererade vindkraftverket (126 meter) än på referensvindkraftverket (112 meter), vilket saknar betydelse i förevarande fall då tekniken i sig är samma för båda vindkraftverken. Norden utgörs per allmänt vedertagen definition av det geografiska territoriet Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv

utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Bixia gör gällande att det vinnande bolaget Eolus inte har uppfyllt förfrågningsunderlagets krav i punkten 1.9 avseende uppsättande av logotyp på maskinhuset till vindkraftverket.

Kravspecifikationen punkten 1.9 innehåller ett krav att beställaren, om så önskas, utan extra kostnad ska få sin logotyp uppsatt av leverantören på maskinhuset till vindkraftverket.

Eolus har i sitt anbud angivit under punkten 1.9 att anbudsgivaren accepterar beställarens krav. I Eolus miljötillstånd den 18 oktober 2012 står att reklam inte får förekomma på anläggningen.

Bixia har i sitt anbud angivit att det inte medges i miljötillståndet att beställaren får sin logotyp uppsatt av leverantören på maskinhuset till vindkraftverket. I Bixias miljötillstånd den 3 juni 2010 står följande. Endast verksamhetsutövarens och tillverkarens namn eller firma får anges med text

eller logotyp. Endast maskinhuset får användas för detta. Utformningen av text och logotyp ska bestämmas i samråd med tillsynsmyndigheten. Andra reklamanordningar får inte placeras på verken.

Enligt förvaltningsrättens mening har landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen vid tilldelningsbeslutet genom att Eolus anbud har ansetts uppfylla det obligatoriska kravet avseende uppsättande av logotyp på vindkraftverket, medan Bixias anbud inte har ansetts uppfylla motsvarande krav. Detta trots att deras miljötillstånd har liknande innebörd. Detta gäller trots att felaktigheterna visat sig först efter det att tilldelningsbeslutet meddelades, eftersom de upphandlingsrättsliga principerna är tillämpliga under hela upphandlingens förfarande (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 oktober 2014 i mål nr 1569–1572-14).

Nästa fråga är om Bixia lidit skada av att landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen. En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Om domstolen finner att en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande bestämmelserna 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 har gjorts. Domstolen har således två rättsföljder att välja mellan. Enligt förvaltningsrättens mening skulle det vara en tillräcklig åtgärd vid förevarande fel vid anbudsutvärderingen att besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att både Eolus och Bixia skulle anses uppfylla kravet i punkten 1.9 i förfrågningsunderlaget. I målet har inte framkommit annat än att det finns flera obligatoriska krav, som Bixias anbud inte uppfyller. Därmed skulle inte Bixia kunna antas som vinnande leverantör, trots en sådan rättelse avseende punkten 1.9. Förvaltningsrätten anser därmed att Bixia inte

visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada genom att landstingets utvärdering har stridit mot likabehandlingsprincipen. Därmed saknas anledning att pröva om kravet i punkten 1.9 är ett särskilt kontraktsvillkor eller huruvida den aktuella logotypen är reklam.

Bixia gör vidare gällande att Eolus anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i punkterna 1.10 och 1.14 vid tidpunkten för anbudets överlämnande. Bixia anför att Eolus referenser inte styrker att det offererade vindkraftverket är väl beprövat i nordiskt klimat och att Eolus endast hänvisat till referenser för annat vindkraftverk än det offererade vindkraftverket samt att dessa referenser endast avser Danmark. Bixia menar att klimatet i Danmark är annorlunda än på den plats där vindkraftverket ska placeras. Bixia påstår även att det är en väsentlig skillnad i nordiskt klimat mellan de båda vindkraftverken. Landstinget gör å sin sida gällande att kravet är kopplat till tekniken i sig och att skillnaden mellan de båda vindkraftverken saknar betydelse.

Enligt kravspecifikationen punkten 1.10 ska vindkraftverket vara typgodkänt enligt IEC 61400-22 vid övertagande. Intyg/bekräftelse om att så kommer att ske samt plan för erhållande av typgodkännande bifogas anbudet.

I kravspecifikationen punkten 1.14 anges följande. Tekniken som används ska vara väl beprövad i nordiskt klimat och referenser som styrker detta ska bifogas anbudet.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det av ordalydelsen i punkten 1.10 att vindkraftverket inte måste vara typgodkänt redan vid lämnande av anbud. I anbudet måste dock finnas intyg eller bekräftelse om att kravet kommer att uppfyllas senast vid övertagandet och en plan för detta. Några särskilda krav på handlingen eller planen framgår inte av kravspecifikat-

ionen. Förvaltningsrätten finner att de av Eolus åberopade handlingarna är tillräckliga för att anse att kraven i punkten 1.10 är uppfyllda. Det har således inte funnits skäl att utesluta Eolus på grund av vad Bixia anfört i denna del.

Förvaltningsrätten anser vidare att det i punkten 1.14 inte kan utläsas att tekniken ska vara väl beprövad i sådant klimat som motsvarar klimatet där vindkraftverket ska placeras. Såsom kravet är formulerat är det tillräckligt att det finns referenser som styrker att tekniken är väl berövad i ett land som tillhör Norden. Eolus har därför inte åsidosatt något skall-krav genom att åberopa referenser från Danmark. Förvaltningsrätten finner vidare att vad Bixia anfört inte visar att skillnaden mellan offererat vindkraftverk och vindkraftverk som Eolus refererar till, är av så stor betydelse att åberopad referens inte kan godtas. Det har således inte heller funnits skäl att utesluta Eolus på grund av vad Bixia anfört i denna del.

Enligt förvaltningsrättens mening är kravspecifikationen i punkterna 1.9, 1.10 och 1.14 inte så otydlig att det påverkat anbudsgivarans möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud eller på annat sätt strider mot principen om transparens eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte skäl att ingripa mot upphandlingen på någon av de grunder som Bixia anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Poulsen

Föredragande: Lena Lundblad



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.