



**LÄNSRÄTTEN I
VÄRMLANDS LÄN**

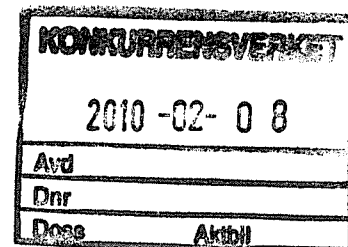
DOM
2010-02-04
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2653-09 E
Rotel 2

SÖKANDE

Bergen Energi AB, 556531-0736
Box 14134
167 14 Bromma

Ombud: Advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg



MOTPART

Landstinget i Värmland
651 82 Karlstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Bergen Energi AB:s ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Länsrättens interimistiska beslut den 18 december 2009 upphör i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND

Landstinget infortrade anbud avseende en upphandling av portföljförvaltning av elavtal. Anbud ingavs av bl.a. Bergen Energi AB. Landstinget beslöt emellertid att anta anbud från Telge Kraft AB.

Bergen Energi AB yrkar i ansökan om överprövning i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att Terje Kraft AB:s anbud förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Telge Krafts anbud uppfyller inte det skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget gällande ersättningsform då Telge Kraft i sitt anbud gjort en otillåten reservation.

I förfrågningsunderlaget, p. 2.2 anges följande.

"Ersättningsform

Ersättning för fysisk handel, finansiell handel: fast månatlig avgift samt rörlig finansiell avgift för de finansiella kontrakt som köps och säljs samt fakturaadministrationen var för sig i kr/MWh, kr/månad, kr/faktura och skall inkludera alla omkostnader i form av balansansvar och handelsomkostnader förutom NordPools årsavgifter.

Ersättningen för den fysiska handeln skall inkludera samtliga balansomkostnader/avgifter från Svenska Kraftnät samt effektreservavgifterna.

Samtliga priser skall anges i SEK och vara exkl. moms"

Telge Kraft har sitt anbud angett att till arvodena tillkommer "Mer-kostnad för inköp av miljöel exempelvis el producerad av vind eller vattenkraft med ursprungsgarantier". Denna skrivning innebär att Telge Kraft har avgett ett orent anbud som medför att Telge Kraft inte borde ha gått vidare till utvärdering. Eftersom landstinget efterfrågat priser som inkluderar samtliga omkostnader i form av balansansvar och handelsomkostnader har landstinget saknat möjlighet att göra en relevant jämförelse mellan de avgivna anbuden. Landstinget skulle ha därmed ha förkastat Telge Krafts anbud. Upphandlingen ska därför rättas på så vis att Telge Krafts anbud ej får delta vid utvärderingen av anbuden.

Som stöd för att Telge Krafts skrivning utgör en otillåten reservation och att Telge Krafts anbud därför borde ha förkastats åberopar Bergen Energi Kammarrätten i Göteborgs dom den 17 mars 2006 (mål nr

7735-05) och Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 september 2006 (mål nr 3464-05). Reservationer medför även att en rättvisande jämförelse ej kan företas mellan de lämnade anbuden, jfr Länsrätten i Jönköping läns dom i mål 2039-08 (Kammarrätten i Jönköping har genom beslut den 16 januari 2009 i mål nr 4210-08 ej meddelat prövningstillstånd).

När Bergen Energi begärde att få ut en kopia av anbudsutvärderingen tillställdes två olika dokument. Av den ena utvärderingen framgår att Telge Krafts anbud inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och ska förkastas. Av den andra utvärderingen, av landstinget benämnd som "den rätta utvärderingsmallen", framgår inte denna anteckning, varvid Telge Krafts anbud har utvärderats. Landstingets två utvärderingar visar att Telge Krafts anbud inte har uppfyllt skallkraven men att landstinget valt att bortse från denna omständighet.

Landstinget har endast fått in två anbud. Det förefaller således inte osannolikt att det kan finnas potentiella anbudsgivare som valt att avstå från att lämna anbud på grund av den omständigheten att det utgjort ett skall-krav att anbud måste innehålla uppgift om pris där alla omkostnader i form av balansansvar och handelsomkostnader är inkluderade. Eftersom Bergen Energi i enlighet med instruktionerna i förfrågningsunderlaget inkluderat även t.ex. merkostnader för inköp av miljöel har anbuderna till följd av Telge Krafts reservation inte varit jämförbara. Landstinget har genom att vid kvalificeringen inte följa det som landstinget själv föreskrivit i förfrågningsunderlaget brutit mot LOU. Upphandlingen ska därför, för det fall att rättelse ej sker i enlighet med Bergen Energis förstahandsyrkande, göras om.

Bergen Energi AB yrkar vidare att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan målet om överprövning slutligen har avgjorts av länsrätten.

Landstinget anför i svar bl.a. följande.

Landstinget anser att alla skall-krav är uppfyllda i Telge Krafts anbud. Under anbudsutvärderingen konstaterades att anbudet från Telge Kraft AB innehöll en otydlighet. I Telge Krafts anbud anges bl.a. följande: "Anbudet uppfyller samtliga i anbudsförfrågan angivna skall-krav". I anbudsbilagan anges " Till ovanstående arvoden tillkommer följande kostnader: Merkostnad för inköp av miljöel exempelvis el producerad av vind eller vattenkraft med ursprungsgaranti". Då anbudet innehöll dels en bekräftelse på att landstingets samtliga skall-krav var uppfyllda, dels en skrivning om att leverans av miljöel skulle medföra en merkostnad begärdes ett förtydligande i den del

som avser avgivna priser. Av svaret framgår " För denna tjänst har vi angivit ett arvode i enlighet med bilaga 12 som inkluderar tjänsten att upphandla den miljöel som landstinget kommer att ta beslut om till bästa möjliga marknadspris".

Bergen Energis uppgift om påstådd otillåten reservation i Telge Kraft AB:s anbud är felaktig. De otydligheter som funnits i anbudet har förtydligats i den skriftväxling som skett mellan landstinget och Telge Kraft AB. Alla skall-krav har därför konstaterats vara uppfyllda. Grund för att rätta eller göra om upphandlingen saknas därmed.

Bergen Energi AB tillägger bl.a. följande.

Ett förtydligande eller en komplettering får enligt 9 kap. 8 § LOU endast begäras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den omständigheten att Telge Kraft på ett ställe i sitt anbud angett att Telge Kraft uppfyller samtliga skall-krav innebär inte att Telge Kraft inte måste avge ett rent anbud. Telge Krafts anbud har inte uppfyllt skall-kraven i punkterna 1.7 och 2.2. Landstinget har med sin begäran haft till syfte att tillse att Telge Kraft kom att uppfylla det icke uppfyllda skall-kravet avseende ersättning. Landstingets begäran om komplettering har således inneburit särbehandling av anbudsgivare.

Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Landstingets begäran om komplettering har gått utöver vad som är tillåtet i detta hänseende. Landstingets begäran om komplettering har inneburit särbehandling av anbudsgivare. Bergen Energi åberopar även Kammarrätten i Stockholms dom den 1 april 2009, mål nr 8441-08.

Sedan Bergen Energi haft tillfälle att gå igenom Telge Krafts anbud har Bergen Energi konstaterat att Telge Kraft erhållit för hög poäng avseende utvärderingskriteriet "Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag" i p. 2.9, under p. 1 i förfrågningsunderlaget. Telge Kraft har vid utvärderingen av denna punkt erhållit full poäng, dvs. 50 poäng, trots att Telge Kraft inte angett sig ha erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden. Telge Krafts anbud har således brustit på en av fem angivna underkriterier, vilka samtliga fem skulle vara uppfyllda för att få full poäng avseende utvärderingskriteriet "Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag". Eftersom Telge Krafts anbud inte innehållit väl dokumenterad erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden har Telge Krafts anbud inte heller innehållit "väl dokumenterade och redovisad erfarenhet av de faktorer som påverkar prissättningen på borsen". Telge Kraft skulle därför inte ha erhållit full poäng. För det fall att Telge Kraft rätteligen erhållit mindre än 50 poäng skulle Bergen Energi ha varit den enda anbuds-

givaren som erhållit full poäng och därmed tilldelats kontraktet. För det fall att länsrätten skulle finna att Telge Krafts anbud inte ska förkastas eller ska beaktas trots landstingets otillåtna begäran om komplettering ska upphandlingen därför rättas på så vis att utvärderingen görs om så att Telge Kraft rätteligen tilldelas en lägre poäng avseende utvärderingskriteriet "Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag" med följderna att Bergen Energi erhåller högst poäng i utvärderingen.

Landstinget tillägger bl.a. följande.

Landstinget har inte konstaterat att ett orent anbud inkommit från Telge Kraft. Det som konstaterades var att motstridiga uppgifter fanns i anbudet. Av Kammarrätten i Sundsvalls dom den 30 november 2005, mål 3243-04 s. 11 kan utläsas att när en upphandlande myndighet har uppställt ett skall-krav åligger det myndigheten att kontrollera om de uppgifter som anges i inkomna anbud är uppfyllda eller inte. Detta gäller särskilt om anbudsinnehållet ger anledning till en sådan kontroll. Då två motsägelsefulla uppgifter fanns i Telge Krafts anbud föranledde detta den naturliga och av lagstiftaren anvisade åtgärden från landstingets sida, nämligen att begära ett förtydligande/komplettering alternativt tillåtelse att rätta en uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel i anbudet i enlighet med föreskrifterna i 9 kap. 8 § LOU. Landstingets bedömning är att detta förfarande kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Landstinget konstaterade efter skriftväxlingen med Telge Kraft att samtliga skall-krav var uppfyllda. Den av Bergen Energi åberopade domen i Kammarrätten i Stockholm (mål 8441-08) är inte jämförbar med nu omtvistade förhållanden. I denna dom (s 6, 1 st) konstaterades förekomsten av ett ej uppfyllt skall-krav, "licensfrågan såvitt avser exportering utgjort ett rättsligt hinder för att använda programvaran på det sätt som varit avsikten då de aktuella kraven beslutades". Genom upphandlande myndighets begäran om förtydliganden och svar därpå ansågs i denna dom att en ny otillåten sakuppgift tillfördes anbudet med påföljd att rättelse av upphandlingen skulle ske. Genom landstingets åtgärd har inga nya sakuppgifter tillförts Telge Krafts anbud utan det som skett är enbart ett klarläggande av motstridiga anbudsuppgifter. För det fall länsrätten finner att landstingets förfarande innebär att en ny sakuppgift tillförts anför landstinget att denna uppgift i så fall är av ringa eller marginell betydelse och således är av den art att bolaget själva medger att tillförandet av en sådan uppgift är tillåten.

Bergen Energi gör nu även gällande att Telge Kraft erhållit för hög poäng vad gäller utvärderingskriteriet "Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag". Påståendet att Telge Kraft erhållit

full poäng, trots att Telge Kraft inte i sitt anbud "angett sig ha erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden" är irrelevant eftersom landstinget över huvud taget inte angett detta som ett eget utvärderingskriterium. "Väl dokumenterade och redovisad erfarenhet av alla de faktorer som påverkar prissättningen på börsen" är ett av fem delkriterier som skulle uppfyllas av anbudsgivare för att erhålla 50 poäng i utvärderingen. Båda anbudsgivarna beskriver i sina anbud hur de arbetar med att analysera marknaden under rubrikerna "Analyser och prognosverktyg för den finansiella förvaltningen" respektive "Analyser inom Telge Kraft". Bergen Energi i större utsträckning genom egen analysavdelning och Telge Kraft redovisar hur man utöver egna analyser köper ett stort antal analyser. Båda anbudsgivarna nämner gasmarknaden som en faktor med inverkan på prisbilden. Av anbuden framgår enligt landstingets bedömning att såväl Bergen Energi som Telge Kraft har goda organisationer med kompetens/erfarenhet för det aktuella uppdraget. Båda anbudsgivarna har därför tilldelats full poäng på detta bedömningskriterium. Med hänvisning till bedömningskriteriets formulering vilket angetts ovan vidhåller landstinget sin bedömning att det varit riktigt att ge båda anbudsgivarna samma poäng för detta kriterium oaktat att Bergen Energi i sitt anbud nämner att man utvidgat verksamheten till att omfatta även gas- och oljeförvaltning i Norden och övriga Europa.

Bergen Energi AB tillägger bl.a. följande.

Det är i och för sig riktigt att en upphandlande myndighet har en skyldighet att kontrollera huruvida de uppgifter som anges i anbudet innebär att aktuella skall-krav är uppfyllda. Däremot finns ingen skyldighet att därutöver kontrollera om uppgifterna i sig är riktiga. Detta förutsatt att någon uppgift i anbudet inte ger särskild anledning därtill. Av det sagda följer att så länge omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter har den upphandlande myndigheten ingen skyldighet att undersöka detta ytterligare. Så länge det inte framkommit några omständigheter som gett landstinget anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter måste landstinget utgå från att lämnade uppgifter stämmer. För det fall landstinget undersöker viss uppgift närmare utan att anledning förekommer därtill strider detta således mot principen om lika-behandling. Den bedömning som Kammarrätten gjort i ovan angivet mål har även nyligen bekräftats i mål från Kammarrätten i Göteborg den 18 december 2009, mål 4904-09. Kammarrätten uttalar här att en upphandlande myndighets skyldighet inte sträcker sig längre än att jämföra uppgifterna i anbudet med de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Det har inte framkommit sådana omständigheter som gett landstinget anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter. Eftersom landstinget valt att närmare undersöka lämnade uppgifter i form av den otillåtna reservationen utan att anledning före-

kommit därtill strider detta mot principen om likabehandling.

Landstingets begäran om förtydligande har medfört att Telge Kraft har fått justera innehållet i sitt anbud med följderna att det i stället för att inte uppfylla det aktuella skall-kravet kom att uppfylla detsamma. Eftersom landstinget före begäran om förtydligande uppenbarligen inte kunnat konstatera att Telge Krafts anbud uppfyllde det aktuella skall-kravet har landstingets begäran om förtydligande inneburit en konkurrensbegränsning, vilket fått direkt återverkan i utvärderingen särskilt avseende Bergen Energis möjligheter att erhålla tilldelning i upphandlingen. Även ett "klarläggande av motstridiga anbudsuppgifter" kan naturligtvis innebära att nya sakuppgifter tillförs ett anbud. Det av Bergen Energi sedan tidigare åberopade avgörandet från Kammarrätten i Stockholm från den 1 april 2009 i mål 8441-08 är således i allra högsta grad relevant.

Enligt de utvärderingsprotokoll som Bergen tagit del av har anbudsutvärderingen slutförts den 8 december 2009. Det förefaller här märkligt att utvärderingsprotokollet är daterat före det att landstinget den 9 december 2009 begärt ett förtydligande från Telge Kraft. Ett anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav skall över huvud taget inte utvärderas. Då bestämmelsen i 9 kap. 8 § utgör ett undantag från huvudregeln i LOU ska den tillämpas restriktivt.

Även om landstinget frånfallit det "Bedömningskriterier" som i förfrågningsunderlaget angetts som "Väl dokumenterade erfarenheter från kraft- och gasförvaltning i Norden" och "Väl dokumenterade erfarenheter från kraft- och gasförvaltning i Europa" och ersatt dessa bedömningskriterier med "Väl dokumenterade och redovisad erfarenhet av de faktorer som påverkar prissättningen på börsen" har landstinget fortfarande i under p. 1 i p. 2.9 "Prövning av anbud" angett "Erfarenheter från kraft- och gasförvaltning i Norden" som en av de värderingsgrunder som i prövningen kommer att tas hänsyn till. Landstinget ska därför också ta hänsyn till denna värderingsgrund, vilket förfarande också anbudsgivarna har haft att utgå ifrån.

Eftersom Telge Kraft inte i sitt anbud redogjort för "Erfarenheter från kraft- och gasförvaltning i Norden" och Telge Kraft inte heller har några som helst erfarenheter av förvaltning av gas, vare sig i Norden eller på kontinenten, vidhåller Bergen Energi att Telge Kraft felaktigt erhållit full poäng. Eftersom Telge Krafts anbud saknar uppgift om erfarenhet av gasförvaltning i Norden skall det enligt lydelsen i landstingets underlag inte vara möjligt för Telge Kraft att erhålla högsta poäng avseende bedömningskriteriet "Väl dokumenterade och redovisad erfarenhet av de faktorer som påverkar prissättningen på bör-

sen". Detta eftersom bedömningen av detta kriterium ska utgå bland annat från värderingsgrunden "Erfarenheter från kraft- och gasförvaltning i Norden".

För det fall att länsrätten skulle finna att skäl ej föreligger att vidta rättelse genom att utvärderingen görs om gör Bergen Energi gällande att förfrågningsunderlaget genom att punkterna under rubriken "Värderingsgrunder som kommer att tas hänsyn till" och "Bedömningskriterier" i KF 1, skiljer sig åt, har varit otydligt för anbudsgivarna. Förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att anbudsgivarna, eller ens landstinget, kunnat bilda sig en uppfattning om vilka uppgifter som kommer att ge vilken poäng. Detta innebär att det aktuella utvärderingskriteriet "Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag" till följd av landstingets komplettering KF 1 blivit så otydligt att förfrågningsunderlaget strider mot kravet på transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Länsrätten har den 18 december 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten beslutar annat.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Enligt 9 kap. 8 § samma lag får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Den aktuella upphandlingen avser portföljförvaltning av elavtal. Under p. 2.2 "Ersättningsform" i förfrågningsunderlaget anges följande. "Ersättning för fysisk handel, finansiell handel: fast månatlig avgift samt rörlig finansiell avgift för de finansiella kontrakt som köps och säljs samt fakturaadministrationen var för sig i kr/MWh, kr/månad, kr/faktura och skall inkludera alla omkostnader i form av balansansvar och handelsomkostnader förutom NordPools årsavgifter. Ersättningen för den fysiska handeln skall inkludera samtliga balansomkostnader/avgifter från Svenska Kraftnät samt effekterservavgifterna. Samtliga priser skall anges i SEK och vara exkl. moms".

Landstinget har således efterfrågat totalpris, vilket måste anses avse all el oavsett var den kommer ifrån.

Telge Kraft AB har i sitt anbud angivit att till arvodena tillkommer förutom vissa av NordPools fasta avgifter även merkostnad för inköp av miljöel exempelvis el producerad av vind eller vattenkraft med ursprungsgarantier, vilket i och för sig kan tolkas som en otillåten reservation. Uppgiften är emellertid motsägelsefull då Telge Kraft AB också uppgivit att bolaget uppfyller samtliga skall-krav, av vilka ett är att det är totalpriset som ska anges. Landstinget har ansett att uppgifterna är oklara och har begärt ett förtydligande. I svar på landstingets förfrågan har Telge Kraft AB angett att för dessa tjänster har angetts ett arvode i enlighet med bilaga 12 som inkluderar tjänsten att upphandla den miljöel som landstinget kommer att ta beslut om till bästa möjliga marknadspris. Någon kostnad utöver vad Telge Kraft AB angett som arvode och fasta avgifter uppkommer därmed inte. Telge Kraft AB har därför uppfyllt det aktuella skall-kravet. Det förtydligande landstinget begärt ligger inom ramen för vad som är tillåtet och kan inte anses ha tillfört någon ny sakuppgift innebärande en särbehandling av anbudsgivare eller konkurrensbegränsning.

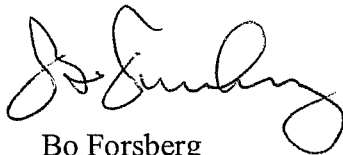
Bergen Energi AB har vidare gjort gällande att Telge Kraft AB felaktigt

tilldelats full poäng avseende utvärderingskriteriet ”Organisation, kompetens/erfarenhet för aktuellt uppdrag” trots att Telge Kraft AB enligt Bergen Energi AB inte uppfyllt samtliga fem underkriterier då Telge Kraft AB:s anbud inte innehållit väl dokumenterad erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden. I förfrågningsunderlaget under det aktuella kriteriet anges vilka värderingsgrunder hänsyn kommer att tas till i prövningen. En av värderingsgrunderna är ”Erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden”. Vidare anges bl.a. att poäng ges som det högsta poängtalet för vilket samtliga bedömningskriterier uppfyllts. Som bedömningskriterium finns inte värderingsgrunden ”Erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden” med, däremot ”Väl dokumenterad och redovisad erfarenhet av de faktorer som påverkar prissättningen på börsen”. Att Telge Kraft AB inte dokumenterat erfarenhet från kraft- och gasförvaltning i Norden utgör enligt länsrättens mening därför inte hinder mot att tilldela bolaget maximala 50 poäng vad avser det aktuella kriteriet.

Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget inte strider mot LOU.

Länsrätten anser att Bergen Energi AB inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada. Det är inte visat att landstinget har åsidosatt de grundläggande principerna i LOU. Bergen Energi AB:s ansökan om överprövning ska till följd härav avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 B).



Bo Forsberg

Föredragande har varit Lars Överström