



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Marcus Boström

DOM
2018-03-22
Meddelad i Falun

Mål nr
5479-17

SÖKANDE

LOS Energy AB, 556478-6555

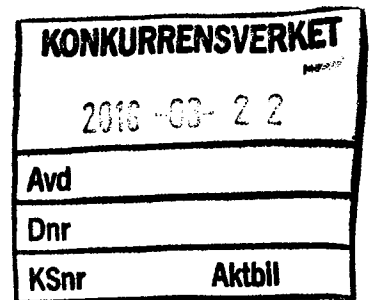
Ombud: Advokat Einar Wanhainen och jur. kand. Douglas Hamilton
Advokatfirma DLA Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPART

Nämnden för inköp- och upphandling i Göteborgs stad
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår LOS Energy AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 216741

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00
-----------------------------------------------	---------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------	----------------------------------------------------------------------

YRKANDE M.M.

Nämnden för inköp- och upphandling i Göteborgs stad (Göteborgs stad) genomför en ramavtalsupphandling som omfattar elenergi från förnyelsebara källor. Detta sker genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Göteborgs stad beslutade den 27 november 2017 att avbryta upphandlingen med motiveringen att det fanns otydligheter och brister i upphandlingsdokumentet.

LOS Energy AB ansöker om överprövning och yrkar att avbrytandebeslutet ska undanröjas. Enligt bolaget saknas sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och återkalla tilldelningsbeslutet.

Göteborgs stad anser att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det saknas bestämmelser i LOU som reglerar under vilka omständigheter en upphandling får avbrytas. Enligt EU-domstolens praxis är ett beslut att avbryta en upphandling inte förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Möjligheten att avbryta en upphandling är dock begränsad på sådant sätt att ett beslut om avbrytande av en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl, inte får vara godtyckligt och måste följa de grundläggande principerna i unionsrätten. Det är vidare den upphandlande myndigheten som har att visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för avbrytandet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref 43).

Frågan i målet är om Göteborgs stad haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

LOS Energy har anfört bl.a. följande

Som skäl för att avbryta upphandlingen har Göteborgs stad hänvisat till vad en anbudsgivare anfört. Enligt anbudsgivaren ska det finnas så motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget att denne inte kunnat lämna in ett korrekt anbud. Anbudsgivaren menar att det inte går att ha ett handelstillägg utan volym- och profilirisk och samtidigt få ett och samma elpris för alla levererade kWh för nästkommande år, samt att Göteborgs stad har blandat ihop ett finansiellt upplägg med ett fysiskt fastprisupplägg.

Det förekommer upplägg på offentliga upphandlingar som baseras på pris-säkring enligt samma modell som i Göteborgs stads upphandling, men med tillägget att leverantören tar på sig volym- och profilirisken. Det är dock inte ett sådant fastprisupplägg som Göteborgs stad har efterfrågat. I förfrågningsunderlaget är det tydligt att Göteborgs stad, i egenskap av beställare, ska bära profil- och volymrisken. Genom att behålla volym- och profilirisken kan Göteborgs stad komma att behöva betala ett högre elpris för leveranser utanför den förväntade elförbrukningen, men slipper motsvarande riskpremie till den vinnande anbudsgivaren.

Det finns inget i förfrågningsunderlaget som indikerar att leverantören ska bära och ta betalt för de risker som ett fastprisupplägg medför. I ett fastprisupplägg finns även regelmässigt bestämmelser som innebär att avvikelser från prognostiserad volym inte får överskrida vissa gränser, vilket saknas i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget har det inte skett en sammanblandning mellan finansiellt prisskärningsupplägg och ett fastprisupplägg. Att påstådda brister i förfrågningsunderlaget inte förelegat framgår av det faktum att inte mindre än sex anbudsgivare lämnat bud med liten prisdifferens. Dessa anbudsgivare är alla tongivande aktörer på den svenska elmarknaden.

Göteborgs stad har till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen i huvudsak anfört följande.

Upphandlingsdokumentet innehåller ett antal otydligheter och brister vilket bl.a. inneburit att åtminstone en leverantör enligt uppgift har valt att inte lämna anbud och att minst en leverantör visserligen har lämnat anbud men med strategin att, för det fall de skulle vinna upphandlingen, kalla Göteborgs stad till möte för att klargöra samtliga villkor i upphandlingen. En annan leverantör menar att ett korrekt anbud inte har kunnat lämnas på grund av motstridiga uppgifter i såväl upphandlingsdokumentet som i frågor och svar.

Det framgår av det aktuella upphandlingsdokumentet att leverantörerna ska kunna hantera två olika prissäkringsmodeller. En av transparensbristerna i upphandlingsunderlaget är att det inte framgår när respektive modell ska tillämpas och hur stora volymer som kommer att beställas med respektive prissäkringsmodell. Vidare ska leverantörerna endast ange ett och samma handelstillägg för de två olika prissäkringsmodellerna. De frågor som ställts under anbudstiden har besvarats på ett sätt som inte gjort underlaget tydligare för leverantörerna. Exempelvis har på frågan om elpriset ska bestämmas som ett volymviktat pris av de ingående handlade produkterna följande svar getts. Eftersom de vill ha ett och samma elpris hela året så borde det vara volymviktat. Detta svar tolkades av leverantör som att det är fysisk fastprissättning som efterfrågas. En annan fråga under anbudstiden gällde om beställaren eller leverantören ska stå för volym- och profiltrisk. Frågan besvarades med att beställaren ska stå för volym- och profiltrisk. Leverantören blev väldigt konfunderad över detta svar eftersom det är helt oförenligt att beställaren står för volym- och profiltrisk samt har ett och samma pris för alla levererade kWh.

I förfrågningsunderlaget har begreppen för en finansiell prissäkringsmodell och en fysisk fastprismodell för prissäkring blandats ihop. Detta har lett till att underlaget innehåller sådana brister och otydligheter att leverantörerna inte har kunnat vara säkra på vad som efterfrågas i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Göteborgs stad har motiverat avbrytandebeslutet med att upphandlingsdokumentet innehåller ett antal otydligheter och brister och att detta sannolikt har försvårat möjligheten att erhålla korrekta anbud. Efter invändningar från en anbudsgivare togs synpunkter in från en upphandlingskonsult som uppges ha dokumenterad erfarenhet av att upphandla elenergi. Dennes svar gav stöd för anbudsgivarens invändningar. Enligt Göteborgs stad har i vart fall en leverantör dessutom valt att inte lämna anbud i anledning av samma brister.

Vid angivna förhållanden framstår avbrytandebeslutet inte som godtyckligt. Tvärtom får det i den uppkomna situationen anses godtagbart av Göteborgs stad att avbryta upphandlingen i syfte att skriva om upphandlingsdokumentet. Detta gäller även om det befintliga dokumentet, trots påtalade brister, möjligtvis hade varit godtagbart.

Det har inte kommit fram att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har åtsidosatts genom avbrytandebeslutet.

På grund av det anförda ska avbrytandebeslutet inte upphävas utan istället LOS Energys ansökan om överprövning avslås.

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

Lennart Andersson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

