



**LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN**

DOM
2008-06-27
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
833-08 E

KONKURRENSVERKET	
2008-06-30.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

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

Ombud:

Advokat Kaisa Adlercreutz & Advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kommunledningskontoret
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling portföljförvaltning elenergi
Diarienummer 07-121/044.945

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Bergen Energi AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet meddelat den 29 april 2008.

Dok.Id 35167

Postadress Box 1853 751 48 Uppsala	Besöksadress Kungsgatan 49	Telefon 018-16 73 00 E-post: registrator@lrc.dom.se	Telefax 018-16 73 43	Expeditionstid måndag – fredag 08:30-16:25
---	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

Bergen Energi AB (bolaget) ansöker den 29 april 2008 om överprövning av Uppsala kommuns (kommunens) upphandling portföljförvaltning av el-energi, diarienummer 07-121/044.945.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 29 april 2008 förordnat att kommunens upphandling enligt ovan inte får avslutas innan rätten beslutat något annat.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

Bolagets yrkanden

Bolaget yrkar i första hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen beträffande det aktuella utvärderingskriteriet görs om med följderna att Bergen Energi tilldelas kontraktet. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen skall göras om och att en ny upphandling skall genomföras med iakttagande av reglerna i LOU.

Bolagets grunder

Felaktig utvärdering

Kommunen har genomfört utvärderingen på ett felaktigt sätt, vilket fått till följd att fel anbudsgivare tilldelats upphandlingen. Det vinnande anbudet har tilldelats för höga poäng i utvärderingen. I förfrågningsunderlaget föreskrivs att portföljförvaltaren inte bör ha egen kraftproduktion, ägarmässiga kopplingar till någon kraftproducent eller handla i egen bok för egen räkning för att undvika intressekonflikter.

Bör-kravet att portföljförvaltaren inte skall bedriva handel i egen bok för egen räkning innebär att kommunen avser att premiera en oberoende portföljförvaltare framför en portföljförvaltare som bedriver handel i egen bok för egen räkning. Bakgrunden är att om portföljförvaltaren handlar i egen

bok kan inte kunden vara helt säker på att alla transaktioner är för kundens bästa. Det finns dessutom en intressekonflikt hur fördelningen skall ske när en mängd kontrakt säkras vid olika tidpunkter eftersom det inte är säkert att just kunden tilldelas de bästa kontrakten (med lägst pris) då möjligheten finns att förvaltaren alternativt något annat bolag med koncernförhållande till förvaltaren själv behåller dessa. Telge Kraft bedriver handel i egen bok och skulle därför inte ha erhållit maximala fem poäng avseende utvärderingskriteriet 1 beträffande underkriteriet "rutiner". Det faktum att Telge Kraft driver handel i egen bok framkommer i Telge Krafts årsredovisning och har fastställts i domstol, se länsrätten i Värmlands läns dom i mål 2074-06.

Eftersom Telge kraft inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget uppställda bör-kravet avseende att leverantörerna inte skall ha någon handel i egen bok, har Telge Kraft felaktigt erhållit maximala poäng vid kommunens utvärdering av underkriteriet "rutiner". För det fall att Telge Kraft istället skulle ha erhållit fyra poäng skulle Telge Kraft ha fått en lägre total viktad poäng än Bergen Energi varvid Bergen Energi skulle ha vunnit upphandlingen. Anbudsutvärderingen är inte korrekt utförd och står därför i strid med såväl likabehandlingsprincipen som kravet på transparens och därmed kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

I lagkommentaren till LOU (Hentze s 83) anges att leverantörerna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur ett uppfyllande av börkraven kommer att utvärderas. I prop. 2006/07:128 anges följande. "Om prövningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga budet skall det anbud antas som uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget och som vid en prövning utifrån angivna utvärderingskriterier är det ekonomiskt mest fördelaktiga." Telge Krafts anbud uppfyller, såsom ovan redovisats, inte samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Telge Kraft har således i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget erhållit för hög poäng avseende

utvärderingskriteriet 1. Upphandlingen skall därför rättas på så vis Bergen Energi har föreslagit.

Otydligt förfrågningsunderlag

Bolaget och Telge Energi har båda erhållit maximal poäng avseende underkriteriet ”rutiner” trots att enligt förfrågningsunderlaget endast det bästa erbjudandet kunde erhålla maximal poäng för detta kriterium. Kommunens utvärdering har således inte följt vad som föreskrivits beträffande utvärderingen av detta utvärderingskriterium i förfrågningsunderlaget. Kommunen har således tillämpat detta utvärderingskriterium på ett annat sätt än vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Kommunen har således under upphandlingsförfarandet ändrat förutsättningarna för utvärdering.

Att kommunen har föreskrivit ett bör-krav i förfrågningsunderlaget som sedan inte fått någon återverkan i utvärderingen innebär att förfrågningsunderlaget är otydligt och icke-transparent. Om länsrätten skulle finna att rättelse inte skall ske genom att utvärderingen görs om avseende utvärderingskriteriet 1 gör bolaget gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att det måste anses stå i strid med principerna om förutsebarhet och transparens och kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Upphandlingen skall därför göras om.

Upphandlingen är på angivna grunder lagstridig. Till följd av beskrivna brister har bolaget lidit och kan komma att lida skada varför upphandlingen skall rättas alternativt göras om.

Kommunens inställning och grunder

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och att kommunen agerat i strid med LOU vid förevarande upphandling.

Felaktig utvärdering

Kommunen bestrider att påståendet att det vinnande anbudet erhållit för hög poäng beträffande underkriteriet ”rutiner” eftersom kommunen i strid med förfrågningsunderlaget avstått från att beakta att det vinnande anbudet bedriver handel i egen bok för egen räkning. Kommunen har gjort en sammanvägd bedömning av anbudsgivarnas rutiner avseende förvaltningen som innehåller moment som fakturering, kontroller, kvalitetssäkring, avräkning, uppföljning och orderhantering. Bolaget och Telge Kraft har båda mycket bra och likvärdiga rutiner för att genomföra uppdraget.

Det är riktigt att kommunen i uppdragsbeskrivningen framförde önskemål om att portföljförvaltaren inte bör handla i egen bok för egen räkning. Den aktuella skrivningen ger dock endast uttryck för ett önskemål från kommunens sida och önskemålet har inte på något sätt varit avgörande för kommunens val av leverantör. Att såsom bolaget kalla det för ett ”bör-krav” är således felaktigt eftersom det inte rör sig om ett krav utan endast ett önskemål. Önskemålet har naturligtvis haft någon betydelse vid utvärderingen av anbuderna men inte alls på det överdrivna sätt som bolaget gör gällande att det borde ha.

Påståendet att det vinnande anbudet bedriver handel för egen räkning saknar relevans. I Telge Krafts anbud framgår att köp av elterminer för hanteringen av kundens finansiella prissäkringsportfölj kommer att ombesörjas av Telge Krafthandel AB. Det är således Telge Krafts helägda dotterbolag Telge Krafthandel AB som svarar för den faktiska förvaltningen av kundportföljer. Telge Krafthandel bedriver inte handel för egen räkning vilket framgår dels av Finansinspektionens tillstånd och dels av Telge Krafthandel AB:s verksamhetsföremål. Telge Krafthandel AB uppfyller Finansinspektionens föreskrifter vilket innebär att Telge Krafthandel AB inte iakttar några andra intressen än kundens bästa. Några intressekonflikter uppstår därför inte.

Telge Kraft har således uppfyllt kommunens önskemål om att portföljhavaren inte bör handla i egen bok för egen räkning. Anbudsutvärderingen har således genomförts korrekt.

Otydligt förfrågningsunderlag

Kommunen bestrider påståendet. Poängsättningen av anbudet har inte ändrats jämfört med förfrågningsunderlaget. För att kunna tydliggöra för anbudsgivaren i vilka delar och i vilken grad anbudsgivaren erhållit poängavdrag beskrevs i utvärderingen leverantörens kompetens, organisation och rutiner separat. Bästa anbud har i enlighet med förfrågningsunderlaget fått fem poäng som sedan multiplicerats med viktprocenten.

Bolagets genmäle

Felaktig utvärdering

Förfrågningsunderlaget är bristfälligt eftersom det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärdering skall ske. Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte ens presenterat de moment som den sedan uppenbarligen använt sig av i sin sammanvägda bedömning av hur anbudsgivarna uppfyller det aktuella utvärderingskriteriet "leverantörens kompetens, organisation och rutiner för att genomföra uppdraget och säkra kommunens möjlighet att köpa elkraft till en totalt sett låg kostnad under en längre tid". Det är därför tydligt att kommunen ändrat förutsättningarna för anbudsgivningen genom att utvärderingen genomförts på ett sätt som inte angivits i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget står därför i strid med kravet på transparens och likabehandling och därmed kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Kommunen anger vidare att kravet på att portföljförvaltaren inte bör handla i egen bok endast utgjort ett önskemål från kommunens sida, samt att det haft "någon", men ej överdriven betydelse. Det kan således konstateras att inte ens kommunen själv vet vilken betydelse kravet på att portföljförvalta-

ren ”inte bör handla i egen bok” haft vid utvärderingen eller ens vilken betydelse det var meningen att det skulle ha. Kommunens uttalande får enligt bolagets mening anses innebära att kommunen vitsordar att förfrågningsunderlaget varit otydligt i denna del.

Kommunen gör gällande att bolagets påstående att Telge Kraft bedriver handel i egen bok saknar relevans då hanteringen av kundens finansiella prissäkringsportfölj kommer att ombesörjas av ett annat bolag, nämligen Telge Krafts helägda dotterbolag Telge Krafthandel AB. Bergen Energi vill med anledning härav framhålla att det bolag som är anbudsgivare och som erhållit tilldelning enligt tilldelningsbeslutet är Tegle Kraft och inte Telge Krafthandel AB. Av uppdragsbeskrivningen ”portföljförvaltning av elavtal” (förfrågningsunderlaget bilaga 1, tredje stycket) framgår att portföljförvaltaren skall ha det totala ansvaret för förvaltningen för både fysisk handel och finansiell handel. Genom att Telge Kraft åberopar ett annat bolags kapacitet beträffande den finansiella handeln har inte Telge Kraft i egenskap av anbudsgivare och portföljförvaltare uppfyllt kravet på att portföljförvaltaren skall ha det totala ansvaret för dessa två tjänster.

Även om Telge Kraft valt att ha ett helägt dotterbolag som hanterar handeln med finansiella instrument ingår detta bolag i samma koncern. Ett dotterbolag som inte bedriver handel i egen bok men som ingår i en koncern där handel bedrivs i egen bok av moderbolaget är inte oberoende. Den inbyggda konflikt som finns mellan koncernens intressen gör att dotterbolaget inte kan anses vara oberoende, vilket också konstaterats i kammarrätten i Stockholms domar den 12 mars 2008, 6435-07 och 6657-07.

Kommunens genmäle

Otydligt förfrågningsunderlag

Då kommunen i förevarande upphandling tillämpade regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet angav kommunen helt korrekt detta i för-

frågningsunderlaget och fastställde samtidigt vilka omständigheter som kommunen tillmäter betydelse. Sökandens påstående om motsatsen är således helt felaktigt. Omständigheterna angavs efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först. I förfrågningsunderlaget har kommunen tydligt angett vilken princip man har för poängberäkning där urvalskriterierna poängsatts på en skala. Vidare har kommunen i underlaget tydligt angett vilken viktning som skall komma att ske vid utvärderingen. I tilldelningsbeskedet har kommunen tydligt angett hur man poängsatt de enskilda momenten. Sammanfattningsvis gör kommunen gällande att förfrågningsunderlaget varit så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att utvärderingsmodellen har varit så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Kommunen har således uppfyllt gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Felaktig utvärdering

När det gäller betydelsen av det önskemål som kommunen framställt om att anbudsgivaren inte bör handla i egen bok önskar kommunen här dock understryka att önskemålet inte på något sätt varit avgörande för möjligheten att uppnå full poäng när det gäller det första urvalskriteriet; även om den faktiska förvaltningen av kundportföljer skulle ha skett av Telge Kraft, så skulle Telge Kraft ha fått full poäng beträffande det första urvalskriteriet. Sökanden har inte på något sätt kunna visa på motsatsen och det bör anmärkas att sökanden har bevisbördan för sitt påstående om att en felaktig utvärdering har skett.

Det är Telge Krafts sak att bedöma om det finns behov att återropa sitt helägda dotterbolag Telge Kraft Handels förmåga. Något hinder mot att återropa andra leverantörers förmåga finns överhuvudtaget inte i förfrågningsunderlaget. Vad kommunen angett i uppdragsbeskrivningen om att portföljförval-

taren skall ha det totala ansvaret för bl.a. fysisk handel innebär inte att portföljförvaltaren måste stå för själva den faktiska handeln av finansiella instrument utan endast att han skall tillhandahålla aktuell tjänst och ha ansvaret för denna gentemot kommunen. Detta har Telge Kraft gjort.

För den händelse länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte varit optimalt utformat önskar kommunen framhålla att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref 50).

Bolagets genmäle

Kommunen har i sitt förfrågningsunderlag ställt upp ett bör-krav med innebörd att portföljförvaltaren inte bör handla i egen bok utan att i förfrågningsunderlaget ange vilken betydelse detta krav skulle ha i utvärderingen. Därefter har kommunen angett att bör-kravet endast utgjort ett önskemål från kommunens sida, samt att det haft ”någon” men ej överdriven betydelse. I kommunens senaste yttrande skriver kommunen att det är möjligt för anbudsgivarna att erhålla full poäng oavsett om anbudsgivarna bedriver handel i egen bok eller ej. Kommunen menar alltså nu att det aktuella kravet inte haft någon betydelse vid utvärderingen. Bolaget finner det mycket allvarligt att kommunen ställer upp krav i upphandlingen som kommunen sedan ej låter få någon återverkan i utvärderingen vilket medför att förfrågningsunderlaget har varit otydligt i denna del. Ett sådant förfarande står i strid med kravet på transparens och därmed kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Nedan angivna paragrafer avser numera upphävda, men för den i målet aktuella upphandlingen tillämpliga lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket får en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § första stycket skall rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 4 § stadgas följande. Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § stadgas följande. En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Utredningen i målet

I anbudsförfrågan för portföljförvaltning av elenergi anges bl.a. följande under utvärderingsfasen. Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn tagen till nedanstående urvalskriterier, som är viktade och angivna i prioriterad ordning.

1. Leverantörens kompetens, organisation och rutiner för att genomföra uppdraget och säkra kommunens möjlighet att köpa elkraft till en totalt sett låg kostnad under en längre tid. Vikt 55 %.
2. Referensportfölj. Vikt 25 %.
3. Anbudspriser och kommersiella villkor. Vikt 20 %.

Principen för poängberäkning: Urvalskriterierna kommer vid utvärderingen att poängsättas 1 – 5 där 5 poäng motsvarar det bästa erbjudandet. Den därvid erhållna poängen multipliceras därefter med respektive urvalskriteriums poäng.

Anbudet med den högsta summan av den viktade poängen är vinnaren.

I uppdragsbeskrivning ”portföljförvaltningen av elavtal” anges bl.a. följande angående portföljförvaltning. Portföljförvaltaren bör inte ha egen kraftproduktion, ägarmässiga kopplingar till någon kraftproducent eller handla i egen bok för egen räkning för att undvika att intressekonflikter uppstår.

Länsrättens bedömning

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§.

Kommunen har i anbudsförfrågan och förfrågningsunderlaget angett att utvärderingen kommer ske enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har vidare angett vilka kriterier som kommer att beaktas i utvärderingen samt hur dessa kriterier kommer att viktas.

De av bolaget åberopade rättsfallen rörande intressekonflikter i koncerner rör intressekonflikter i elproducerande koncerner vilket, såvitt länsrätten kunnat utreda, det inte är fråga om i detta mål.

Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Att uppställa ett ”bör-krav” i ett förfråganunderlag står inte i strid med principerna om förutsebarhet, transparens och kravet på affärsmässighet. Frågan är istället om ”bör-kravet” tillämpats på ett sätt som inte är affärsmässigt. Länsrätten finner att det inte är visat att den intressekonflikt som bolaget åberopar har inneburit att kommunen vid utvärderingen använt ”bör-kravet” på ett sätt som strider mot principen om affärsmässighet. Överklagandet skall därför avslås.

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



Anna Onell

assessor

SM



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

