



KONKURRENSVERKET	
2015 -10- 09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

TelgeKraft AB, 556478-6555

Ombud: Advokaterna Mikael Björkman och Karl-Oscar Dalin
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 26 mars 2015 i mål nr 3976-14,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska rättas genom en ny anbudsutvärdering i enlighet med domskälen.

YRKANDEN M.M.

TelgeKraft AB (TelgeKraft) yrkar att kammarrätten ska förordna att landstingets upphandling av portföljförvaltning av elavtal inte får avslutas förrän rättelse vidtagits. Rättelse ska i första hand ske genom att Bergen Energi AB:s (Bergen Energi) anbud förkastas och TelgeKraft tilldelas

kontraktet i upphandlingen och i andra hand genom att en ny granskning av anbudet görs varvid TelgeKraft tilldelas kontraktet i upphandlingen.

TelgeKraft anför följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska verifiera att han har godtagbar juridisk och ekonomisk status bl.a. genom att ge in senaste årsredovisning. För att kravet ska vara uppfyllt måste anbudsgivarens senaste årsredovisning ges in med anbudet. Det förhållandet att det måhända finns andra dokument som kan visa anbudsgivarens ekonomiska kapacitet saknar betydelse så som kravet är utformat. I en årsredovisning finns standardiserade redogörelser och uppgifter som gör det lätt för den upphandlande myndigheten att bedöma anbudsgivarens ekonomiska status. Om anbudsgivaren vill åberopa resurser hos andra koncernbolag, så får anbudsgivaren gärna ge in dessa koncernbolags årsredovisningar också, men det räcker inte att bara ge in andra koncernbolags årsredovisningar. En årsredovisning för ett annat bolag kan inte ligga till grund för att bedöma anbudsgivarens ekonomiska status. Det är anbudsgivaren som myndigheten får som sin avtalspart. Det är naturligtvis avtalsparten som är juridiskt ansvarig för avtalets fullgörande, liksom i förevarande fall konsekvenserna av ett avtalsbrott. Syftet med skallkravet är således mycket viktigt och uppfylls varken genom att ge in moderbolagets årsredovisning eller genom en generell försäkran från VD att bolaget inte är i konkurs etc.

Bergen Energi uppfyller inte heller kraven på att årsredovisningen ska vara på svenska, att leverantören ska ta över befintlig kraftportfölj och att anbudet ska innehålla en beskrivning som visar på förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Landstingets resonemang att det skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen att framhärda i ett oväsentligt skallkrav är missvisande eftersom skallkravet att ge in en årsredovisning för anbudsgivaren på svenska på intet sätt är oväsentligt. Det är ett brott mot likabehandlingsprincipen att låta en anbudsgivare delta i upphandlingen utan att uppfylla skallkraven.

Landstinget i Värmland anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Mot bakgrund av den dokumentation som finns i Bergen Energis anbud till styrkande av att Bergen Energi innehar den av landstinget krävda godtagbara ekonomiska och juridiska statusen är kravet uppfyllt. Även om kammarrätten skulle finna att en korrekt årsredovisning saknas är det i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta Bergen Energis anbud på de av TelgeKraft åberopade skälen eftersom ändamålet med de av Bergen Energi ingivna anbudshandlingarna ändå har uppnåtts, nämligen att landstinget kunnat bedöma Bergen Energis ekonomiska och juridiska status som godtagbar, allt i enlighet med förfrågningsunderlagets anvisningar. Det skulle vidare stå i strid med proportionalitetsprincipen att diskvalificera Bergen Energis anbud mot bakgrund av att den inlämnade årsredovisningen är på norska.

Bergen Energis anbud uppfyller kraven på att leverantören ska ta över befintlig kraftportfölj och att anbudet ska innehålla en beskrivning av organisationen.

Om kammarrätten ändå skulle finna att Bergen Energis anbud brister i obligatorisk kravuppfyllelse i något avseende har landstinget som tidigare angetts vid en förnyad granskning av TelgeKrafts anbud funnit att detta brister i uppställda obligatoriska krav. Invändningen måste beaktas av kammarrätten inom ramen för detta mål även om den sker under pågående överprövningsprocess. TelgeKraft kan inte anses lida skada eller riskera att lida skada av att inte ha erhållit ett positivt tilldelningsbeslut. En anbudsgivare som inte uppfyller obligatoriska krav kan aldrig anses lida skada. Om TelgeKraft påstår brister i Bergen Energis anbud och detta påstående är riktigt och landstinget nu påstår brister i TelgeKrafts anbud och även detta påstående är riktigt, så har båda anbuden behandlats lika såtillvida att inget av anbuden diskvalificerats. Båda anbuden konkurrerade således vid tidpunkten för anbudsutvärderingen på lika villkor alldeles

oavsett om man anlägger synsättet att brister förelåg i båda anbuden eller inte förelåg i båda anbuden.

Domstolens prövning av anbuden begränsas till en kontroll av om landstinget genomfört upphandlingen formellt korrekt och enligt de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. TelgeKrafts påstående att landstinget inte iakttagit likabehandlingsprincipen är den enda rättsliga grund för ansökan om överprövning som TelgeKraft åberopat. Det ankommer inte på kammarrätten att förordna om vilket anbud som ska antas i upphandlingen. TelgeKrafts yrkande om att de ska tilldelas kontraktet kan därför inte vinna bifall.

Bergen Energi anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Bergen Energi har en koncernstruktur där flera av underliggande helägda dotterbolag/systerbolag som samtliga ägs av moderbolaget Bergen Energi AS, kommer att vara involverade i fullgörandet av uppdraget. Mot bakgrund av detta inlämnades inte en årsredovisning för endast Bergen Energi utan för hela koncernen. Det ansågs att en ekonomisk redogörelse för moderbolaget var bättre och mer tillräcklig och relevant. Bergen Energi är till 100 procent ägt av Bergen Energi AS.

Anbudet uppfyller även övriga krav.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Uppfyller anbudet från Bergen Energi obligatoriska krav?

TelgeKraft har anfört att Bergen Energi inte har uppfyllt kravet att ge in senaste årsredovisning. Landstinget har bedömt att Bergen Energi genom att ge in moderbolaget Bergen Energi AS årsredovisning för 2013, i vilken det finns uppgifter om dotterbolagen, tillsammans med VD:s försäkran uppfyller det aktuella kravet.

Enligt förfrågningsunderlaget ska uppgifter och beskrivningar som verifierar och styrker att anbudsgivaren uppfyller kvalificeringskravet godtagbar juridisk och ekonomisk status finnas i anbudet (punkt 2.3.1).

I punkt 2.3.2 anges följande.

I anbud verifieras att anbudsgivare har godtagbar juridisk och ekonomisk status för uppdraget med uppgifter om följande:

- a) Uppgifter om organisationsnummer, företagsform och företagets hemvist
- b) Senaste årsredovisning (...)

Enligt kammarrättens bedömning måste kravet förstås som att anbudsgivarens årsredovisning ska ges in. Moderbolagets årsredovisning kan därmed inte godtas. Med hänsyn till att Bergen Energis anbud inte uppfyller kravet skulle anbudet rätteligen ha förkastats. Det aktuella kravet är relevant för upphandlingen och det är därmed inte oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av att det inte uppfylls. Det förhållandet att upphandlande myndighet själv har möjlighet att hämta in årsredovisningen förändrar inte bedömningen.

Vid denna bedömning saknas anledning att pröva de av TelgeKraft anförda ytterligare bristerna i Bergen Energis anbud.

Landstingets invändningar mot TelgeKrafts anbud

Landstinget har invänt att det vid en förnyad granskning av TelgeKrafts anbud funnit att detta brister i uppställda obligatoriska krav. Eftersom inget av anbuden har diskvalificerats har de därmed enligt landstinget behandlats lika. Dessutom har landstinget anført att en anbudsgivare som inte uppfyller obligatoriska krav aldrig kan anses ha lidit skada.

Frågan är då om kammarrätten kan beakta en invändning från den upphandlande myndigheten under överprövningsprocessen om att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett

obligatoriskt krav, trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att så var fallet.

Upphandlande myndighet anses inte bunden av de bedömningar som gjorts inför ett tilldelningsbeslut. Ända till dess ett kontrakt ingåtts kan myndigheten fatta ett nytt tilldelningsbeslut (jfr Kammarrättens i Jönköping beslut i mål nr 21-38-11 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4675-13 och 5880-13). Det bör därför inte finnas något hinder för myndigheten att i överprövningsprocessen ändra uppfattning i frågan om ett anbud uppfyller ställda krav. I förvaltningsrätten är den upphandlande myndigheten ofta, i vart fall inledningsvis, den enda motparten och bör ha samma möjligheter som den vinnande leverantören att framföra invändningar mot en ansökan om överprövning.

Enligt Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 24 är en vinnande leverantör som riskerar att uteslutas till följd av invändningar mot dess anbud part i målet och har i denna egenskap rätt att bemöta vad som anförs mot dess anbud. Frågor som är självständiga i förhållande till ansökningen om överprövning kan däremot inte prövas i målet.

Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat att det som ska avgöras i ett upphandlingsmål är om det till följd av sökandens talan finns skäl för ingripande enligt LOU. Den ram för processen som saken utgör innebär således enligt kammarrättens mening att endast invändningar som ansluter till sökandens talan kan beaktas.

Såväl en vinnande leverantörs som den upphandlande myndighetens invändningar ska således beaktas i den del de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan. För att så ska vara fallet ska invändningarna enligt kammarrättens bedömning avse de sakförhållanden som överprövande leverantörs talan rör.

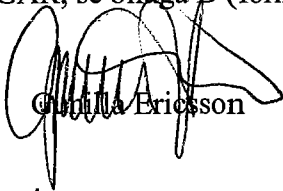
Kammarrätten har ovan funnit att Bergen Energis anbud borde ha förkastats på grund av att bolaget inte gett in sin årsredovisning trots att det krävs enligt förfrågningsunderlaget. Landstingets invändningar mot TelgeKrafts anbud avser inte kravet på årsredovisning utan andra krav i förfrågningsunderlaget. Det landstinget anfört kan därför inte beaktas i detta mål.

Kammarrättens slutsatser

Bergen Energis anbud uppfyller inte kravet på att ge in årsredovisning och borde därför ha förkastats. Landstinget har genom att ändå utvärdera anbudet brutit mot likabehandlingsprincipen. TelgeKraft, som vid utvärderingen hamnat på andra plats, har till följd härav riskerat att lida skada. Det finns därmed grund för ingripande.

Kammarrätten ska inte sätta sig i den upphandlande myndighetens ställe genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut. TelgeKrafts yrkande att bolaget ska tilldelas kontraktet kan därför inte bifallas. Det är i stället landstinget som har att beakta de upphandlingsrättsliga principerna och bestämmelserna vid genomförandet av en ny utvärdering. Därmed ska upphandlingen rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs i vilken Bergen Energis anbud inte beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Gunilla Ericsson



Niclas Falkendal



Åsa Ståhl
referent



Emelie Herou
Emelie Herou



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2015-03-26
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
3976-14

SÖKANDE

TelgeKraft AB, 556478-6555
Box 633
151 27 Södertälje

Ombud: Advokat Karl-Oscar Dalin
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår TelgeKraft AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 126601

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget i Värmland har genomfört en upphandling av elleveranser och förvaltning av elkraftsportfölj. Anbud ingavs av bland annat TelgeKraft AB (TelgeKraft). Landstinget beslutade emellertid att anta anbud från Bergen Energi AB (Bergen).

PARTERNAS TALAN

TelgeKraft ansöker om överprövning och yrkar rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Bergen inte ska beaktas alternativt att en ny utvärdering görs varvid TelgeKraft tilldelas upphandlingen. TelgeKraft anför bland annat följande. Endast TelgeKraft och Bergen gav in godkända anbud. Övriga anbud uteslöts. Bergens anbud uppfyller inte heller skallkraven och borde därmed också ha utslutits. Av punkt 2.3.1 i förfrågningsunderlaget framgår att ett skallkrav är att anbudsgivare ska visa att man har godtagbar juridisk och ekonomisk status. Vad avser verifikation av juridisk och ekonomisk status anges punkt 2.3.2 vissa dokument som ska bifogas anbudet, däribland senaste årsredovisning. Bergens anbud innehåller inte någon årsredovisning för anbudsgivaren, utan endast för dess norska moderbolag Bergen Energi AS. Bergen gav in sin årsredovisning för 2013 till Bolagsverket den 22 juli 2014 och fastställelseintyget skrevs under av VD:n den 16 juni 2014. Årsredovisningen fanns således till hands för att ges in med anbudet, men så skedde tydligen inte. Bristen är väsentlig då den innebär att landstinget inte har haft möjlighet att bedöma Bergens juridiska och ekonomiska status, dvs. den juridiska person som ensamt avgett anbudet. Av punkt 1.5.1 i förfrågningsunderlaget framgår att ett skallkrav är att "Leverantören" ska ta över befintlig kraftportfölj. "Uppdraget gäller komplett tjänst för att förse landstingets anläggningar med el till förmånlig totalkostnad genom utnyttjande av elmarknadens produkter. Leverantören ska således: Överta befintlig kraftportfölj" i sitt an-

bud punkt anger Bergen att positionerna kommer att föras över till Fortum Markets (Fortum) och inte till Bergen. I förfrågningsunderlaget (p 2.1) anges följande. "Landstinget har i dag positioner hos Telge Kraft AB och dessa kommer att föras över till Fortum Markets AB och Bergen kommer vara den part som sköter portföljförvaltningen och part mot landstinget. Överflytten kan ske genom en flytt av hela portföljen och då med förvaltningshistorik eller så". Detta är ytterligare ett fallerat skallkrav som borde ha diskvalificerat Bergen. Fortum är inte detsamma som "Leverantören" och Fortum förekommer inte heller i den beskrivning av anbudsgivarens organisation som återfinns i Bergens anbud. Enligt punkt 2.3.3 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare även visa förmåga och kapacitet att utföra uppdraget "Anbudsgivare ska på ett övertygande sätt visa att denne har förmåga och kapacitet för att utföra komplett uppdrag enligt föreliggande förfrågan inkluderande alla tjänster angivna under 1.5.1. Detta verifieras genom att anbudsgivare: Redovisar kortfattat sin organisation med beskrivning av kundkategorier och förvaltningsuppdrag. Redovisar kompetenser, erfarenheter från portföljförvaltning samt nuvarande antal/volym på elkraftportföljer". Det finns inte någon sådan redovisning avseende Fortums roll i Bergens organisation i anbudet. Anbudet innehåller inte heller i övrigt någon information om Fortum, vilket landstinget torde behöva för att kunna utvärdera hela affärupplägget och organisationen på ett meningsfullt sätt. Dessutom anges i anbudets bilaga "Serviceavtal Portföljförvaltning Bank" punkt 2.2. att Bergen åtar sig att hjälpa kunden att ingå avtal med bank, vilket torde innebära att Bergen saknar avtal med Fortum. I stället ska man hjälpa landstinget att ingå ett sådant avtal. Det förefaller som om merarbetet och kostnaderna för detta avtal med Fortum således inte har varit med i utvärderingen. Bergen har inte har uppfyllt skallkravet i punkt 1.5.1 att leverantören ska ta över positionerna. Bergen har heller inte redogjort för de kostnader och den administration som tillkommer för landstingets avtal med Fortum eller redovisat sin organisation och kompetens på det sätt som skallkravet i punkt 2.3.3 kräver. Bergens anbud är därtill för-

virrande i så måtto att det är svårt att utröna vilket bolag som egentligen lämnar anbudet och vems kompetens och status som åberopas. På anbudets framsida anges att anbudslämnare är det svenska bolaget. Om man sedan läser anbudet från början anges att Bergen Energi AB (Bergen), org. nr 566531-0736, är ett dotterbolag till Bergen Energi AS i Norge och att Bergen är en helt fristående och oberoende tjänstemäklare. Det definieras inte vilket av de båda Bergen Energibolagen som avses med "Bergen Energi". Hela anbudet anger sedan vilka kompetenser och vilken organisation Bergen Energi har utan att läsaren egentligen vet om det är det norska eller svenska bolaget avses. Av sammanhanget tycks framgå att det som avses är det norska bolaget, vilket inte är anbudslämnaren. Information om det svenska bolaget saknas således helt. Den bedömning landstinget har kunnat göra är således inte anbudsgivarens lämplighet, utan dess moderbolags. Bergen kan inte styra översitt moderbolag och kan därför inte automatiskt tillgodoräkna sig dess kompetens, ekonomiska status eller leverantörsarrangemang. Det finns inget uttryckligt åtagande från Fortum eller från Bergen Energi AS att bistå Bergen vid utförandet, varför Bergen inte kan tillgodoräkna sig dessa två bolags resurser jämlikt 11 kap 12 § LOU.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och anför bland annat följande. I Bergens anbud finns Bergen Energi AS årsredovisning för 2013 redovisad. Denna årsredovisning innehåller enligt internationell standard även uppgifter beträffande dotterbolagen under not 3. Anbudsgivaren Bergen är ett av dotterbolagen. Detta dokument tillsammans med VD:s försäkran bilagd till anbudet har landstinget bedömt uppfylla skullkravet beträffande det som ska styrkas, nämligen godtagbar juridisk och ekonomisk status. För övrigt vill landstinget påpeka att Bergens årsredovisning i sin helhet finns tillgänglig på www.allabolag.se. Jämlikt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör "vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet". Bergens anbud uppfyller därmed skullkravet. Fortums roll framgår av Bergens anbud.

Enligt 11 kap. 12 § LOU finns inget att erinra mot en sådan hantering av uppdraget. I Bergens anbud redovisas Fortums roll. Fortum är ett i branschen väl etablerat företag. Rollen är tillräckligt väl beskriven liksom Bergens arbetssätt. Enligt punkt 2.3.3 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare "Redovisa förslag till avtal för portföljförvaltning". Bilaga 13 i Bergens anbud redovisar förslag till avtal. Anbudsgivaren har valt att redovisa "allmänna avtalsvillkor utan detaljanpassningar till landstingets anbudsfrågan". Avsikten är att denna principiella utformning av avtalen ska anpassas till landstingets köp före undertecknandet. Detta är ett helt rimligt arbetssätt med hänsyn till upphandlingens ringa värde. Ur värdesynpunkt har denna upphandling varit möjlig att genomföra som en direktupphandling. Bergen har i sin beskrivning av hur uppdraget ska hanteras givit en komplett bild utan att redovisa behov av någon "bank". Landstinget finner ingen anledning att misstänka att någon bank ska vara inblandad. Prissättningen är ytterst enkel och tydlig såväl i anbudsfrågan som i Bergens anbud. Bergen erhåller endast ersättning för portföljförvaltning och hantering av elcertifikat samt för fysisk leverans av el. Bergen tar över förvaltningen av kraftportföljen på ett sätt som är förenligt med LOU. Av Bergens anbud framgår att det inte tillkommer vare sig kostnader eller administration för landstinget med anledning av anbudsgivarens valda modell för att genomföra uppdraget. Sakuppgiften ur anbudet är riktig. Under punkten 1.1 i Bergens anbud beskrivs detaljerat hur organisationen är uppbyggd. Bergen Energi AS är moderbolag med utländska filialer och dotterbolag. I samma punkt redovisas anbudslämnare: Bergen med organisationsnummer. Dessutom redovisas övriga berörda bolag med organisationsnummer, allt jämlikt 11 kap 12 § LOU. TelgeKrafts citat ur Bergens anbud är endast två meningar ryckta ur sitt sammanhang. Av Bergens beskrivning av arbetssättet framgår på ett tydligt sätt var i processen respektive bolag är engagerat i uppgiften att genomföra uppdraget. Den beskrivning av koncernens uppbyggnad och aktuella processer beskriver detaljerat vilka delar av organisationen som är engagerad i de olika delar som krävs

för att uppdraget skall kunna fullgöras. Anbudet och det beskrivna arbets-sättet innebär att kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Av 11 kap 12 § LOU framgår att leverantören ska visa att den "förfogar över nödvän-diga resurser när kontraktet ska fullgöras". Det behöver alltså inte i anbu-det finnas bekräftelser från dem leverantören avser köpa tjänster från. Av anbudet framgår hos vilka leverantörer Bergen avser att köpa tjänster. Landstinget har därför kunnat genomföra en komplett utvärdering av er-bjudandet.

TelgeKraft tillägger bland annat följande. Det finns inte någon hänvisning i förfrågningsunderlaget till att det räcker att ge in sitt moderbolags årsredo-visning, oavsett om detta uppfyller internationell standard. Det är för övrigt oklart vad denna internationella standard kan tänkas innefatta. Åsredovis-ningen är därtill på norska, vilket strider mot skallkravet "Anbudsvillkor - innehåll Anbudet ska vara skriftligt och på svenska." Det är omöjligt att bedöma anbudsgivaren utifrån en not i moderbolagets årsredovisning. Dessa ytterst rudimentära uppgifter kan inte på något sätt ligga till grund för en seriös bedömning av Bergens ekonomiska ställning eller juridiska status. Det är inte heller tillräckligt att årsredovisningen finns tillgänglig på www.allabolag.se. Med det resonemanget skulle alla upphandlande myn-digheter tvingas göra egna utredningar av anbudsgivares ekonomiska ställ-ning, juridiska robusthet och uppfyllande av skallkrav i övrigt. Den försäk-ran som landstinget hänvisar till från Bergen Energi ABs VD Fredrik Lind hänvisar inte till bolagets årsredovisning. Försäkran innehåller bara uppgift om att bolaget inte är i konkurs, likvidation eller under tvångsförvaltning, inte är utsatt för ackord, har ställt in sina betalningar eller underkastats nä-ringsförbud. Yttrandet innehåller inga detaljerade uppgifter som kan ligga till grund för en bedömning av Bergens ekonomiska utsikter på det sätt som en årsredovisning gör. Vad sedan avser den motsvarande försäkran som Dag Seter lämnat för Bergen Energi Markets AS ska det först noteras att detta bolag inte är det svenska anbudsbolagets moderbolag Bergen

Energi AS. Bergen Energi Markets AS är, såsom det får uppfattas, ett systembolag till anbudsgivaren och det är oklart varför detta bolag har gett in nyssnämnda försäkran. Under alla omständigheter innebär inte Bergen Energi Markets AS försäkran att moderbolaget har åtagit sig att stå för anbudsgivarens ekonomiska åtaganden eller på annat sätt garanterat att anbudsgivaren fullgör sina skyldigheter gentemot landstinget. Det är inte relevant i vad mån Fortum anses vara ett renomméerat företag hos handläggarna på landstinget. Om skalkraven anger att en viss redovisning måste presenteras kan inte en lösryckt åsikt ersätta en sådan redovisning. Bergens beskrivning under "Portföljförvaltning" kan inte anses utgöra en adekvat beskrivning av Fortums roll i Bergens organisation. Vad beträffar Bergens arbetssätt är det som anges i detta avsnitt att landstinget i dag har positioner hos TelgeKraft och att dessa kommer att föras över till Fortum och att Bergen kommer att vara den part som sköter portföljförvaltningen och part mot landstinget. Överflyttning kan ske genom en flytt av hela portföljen och då med förvaltningshistorik eller så kan man föra över nettopositionerna, dvs. värdet på de positioner som finns den aktuella dagen. Det finns inte heller något åtagande från Fortum som innebär att dess resurser kan tillgodoräknas Bergen. TelgeKraft kan inte heller förstå på vilket sätt det skulle framgå av anbudet att det inte tillkommer några kostnader eller administrativa bördor för landstinget. Vad TelgeKraft invänder mot är det faktum att det inte klart framgår om sakuppgifter i anbudet avser det norska bolaget Bergen Energi AS eller den svenska anbudsgivaren Bergen eftersom anbudet genomgående hänvisar till Bergen Energi (utan angivande av AB eller AS). Ett dotterbolag kan inte beordra sin ägare att utföra tjänster i en upphandling.

Landstinget tillägger bland annat följande. Landstinget har närmare granskat även TelgeKrafts anbud och då funnit att anbudet innehåller brister i förhållande till obligatoriska krav. Brister som föreligger vid anbudstidens utgång eller som upptäcks senare får inte bortses ifrån utan ska beaktas.

Eftersom ingen av leverantörerna uteslutits vid den ursprungliga anbudsutvärderingen har leverantörerna i den del som avser de av TelgeKraft påstådda bristerna i Bergens anbud, och av landstinget nu påtalade bristerna i TelgeKrafts anbud behandlats lika. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 15 januari 2014 (mål nr 3245-13) funnit att det inte är tillräckligt att en leverantör antagits i strid med ett skall-krav för att ett ingripande enligt LOU ska ske. Det krävs också att detta fel inneburit att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Processramen är därför sådan att om förvaltningsrätten mot förmodan finner att Bergens anbud borde ha förkastats på de av TelgeKraft angivna skälen får rätten inte bortse från landstingets invändning att även TelgeKrafts anbud borde ha förkastats.

Enligt landstinget föreligger följande brister i TelgeKrafts anbud.

A). I anbudet under punkt 2.3 anges: "Priset innehåller alla kostnader för all tjänster angivna under anbudsförfrågan punkt 1". "Särskild ersättning mot faktisk kostnad, utanför årskostnadsberäkning enligt ovan utgår för: -Avgifter för balanstjänst (förbrukningsenergiavgift) och effektreserv Svenska Kraftnät(SvK)". I bilaga sid 22 anges: "Anbudsgivaren äger rätt att påföra landstinget existerande och framtida skatter, avgifter och liknande pålagor relaterade till i detta avtal redovisade tjänster som må beslutas av regering, riksdag, statligt verk eller annan myndighet. Samtliga kostnadsförändringar från tredje part som förändras, kopplade till elleveransen, hanteras transparent mot landstinget". I Bilaga "Förslag till Huvudavtal" anges under punkt 5.2: "I detta avtal angivna avgifter och ersättningar är angivna exklusive existerande och framtida skatter, avgifter och liknande pålagor relaterade till i detta avtal redovisade tjänster som må beslutas av regering, riksdag, statligt verk, annan myndighet eller part i monopolliknande ställning. Leverantören äger rätt att under detta avtal till kund vidareföra samtliga i föregående mening om nämnda poster som kan komma att belasta leverantören". Av TelgeKrafts anbud är det inte möjligt att på ett entydigt sätt bilda sig en uppfattning om vad som ingår i angivna

anbudspriser. Skallkravet är inte uppfyllt. B). Förbrukningsprognoser är av central betydelse för den tjänst landstinget avser att upphandla. I Bilaga anges beträffande "Uppdraget" att "landstinget kommer varje månad uppdatera aktuell förbrukningsprognos". I övriga bilagor beskrivs bolagets omfattande och noggranna arbete med att ta fram, följa upp och korrigera prognoser. Bilaga 33 "Förslag Huvudavtal" anger under punkt 3.3.1 "Kund ska fortlöpande informera Leverantören om kommande kända förändringar eller avvikelser av volym eller uttagsprofil". Arbetsfördelningen när det gäller arbetet med att ta fram prognoser är helt motstridigt beskrivet. Skallkravet är inte uppfyllt. C). I Bilaga 5 Punkt 2.2 Redovisas att "anbudsgivaren jobbar inom ramen för flera olika koncept för portföljförvaltning. De olika koncepten ger Beställaren olika fördelar och skapar olika dynamik i handel och administration. Följande koncept fungerar som standardiserade upplägg:" Här redovisas sedan "Clearingkundkoncept, Flerbolagsportfölj, TK-portfölj, TK-produktion, Utsläppsrätter och El-certifikat, Valuta och Kundunik lösning". Någon beskrivning av vilket koncept man erbjuder landstinget finns inte. I Bilaga 33 "Förslag Huvudavtal" anges under punkt 1.2 "Landstinget har beslutat byta samarbetsform från clearingkund till bilateral kund hos Leverantören för inköp av sitt elkraftbehov via portföljförvaltning. Innebörden i begreppet "bilateral kund" finns inte beskrivet i anbudet över huvud taget. Skallkravet är inte uppfyllt. D). Landstinget har i förfrågningsunderlaget angett hur en eventuell tvist med anledning av avtalet ska hanteras. TelgeKraft har i bilaga "Förslag Huvudavtal" formulerat en helt egen modell för tvisthantering.

TelgeKraft tillägger bland annat följande. Det faktum att två anbud har godkänts innebär inte sig att dessa två anbud har behandlats lika. TelgeKrafts talan bygger på att landstinget felaktigt har godtagit Bergens anbud eftersom ett flertal skallkrav inte uppfyllts. Landstinget har behandlat anbudena olika eftersom det ena rätteligen skulle ha förkastats. TelgeKraft bestrider att likabehandlingsprincipen kan ges en sådan retroaktiv effekt

landstinget menar. Om skullkraven kan ignoreras i likabehandlingens namn på det sätt landstinget förespråkar måste det gälla alla fyra anbudsgivarna. Landstinget invänder att skullkravet avseende ersättning i punkt 2.3 inte uppfyllts eftersom TelgeKrafts anbud anger att TelgeKraft ska ha rätt att lägga till sådana skatter eller avgifter som beslutas av regering, riksdag, statliga verk eller annan myndighet. Det bestrids att det inte går att bilda sig en uppfattning om TelgeKrafts priser mot bakgrund av den angivna skrivningen, eftersom den tar sikte på oförutsedda framtida pålagor av force majeurekaraktär. Vad gäller påståendet att arbetsfördelningen avseende förbrukningsprognoser är motstridigt beskriven är det oklart vilket skullkrav landstinget hänför sig till. Oavsett detta innebär prognosarbetet att följa upp befintliga anläggningars konsumtion, t.ex. beroende på väder och temperatur. Om fastigheter avyttras eller nya fastigheter tillkommer måste dock kunden (landstinget) informera TelgeKraft om förändringen, för att TelgeKraft ska kunna leverera kraft, prognostisera förbrukningen och anpassa säkringsgraden. Inte heller under p. C. redovisar landstinget vilket skullkrav som påstås brista. Landstinget menar avslutningsvis att förfrågningsunderlaget anger hur eventuella tvister ska hanteras men att det bilagda "Förslag till Huvudavtal" har en annan modell. Detta är inte något angivet skullkrav. Anbudsförfrågan innehåller följande text: "Tvist avgörs i allmän domstol där Landstinget bedriver verksamhet om parterna ej överenskommer om annat". Landstingets antydning att detta skulle vara ett skullkrav som inte uppfyllts är således missvisande. I den mån anbudets "Förslag till Huvudavtal" innehåller ett annat förslag, ryms det inom ramen för förfrågningsunderlagets skrivning att allmän domstol gäller "om parterna ej överenskommer om annat" vilket torde ta sikte just på en skiljeklausul.

Landstinget tillägger bland annat följande. Landstinget har vid en förnyad granskning funnit att TelgeKrafts anbud strider mot uppställda obligatoriska krav. Dessa felaktigheter ska beaktas även under pågående överprövningsprocess. Om TelgeKraft påstår brister i Bergens anbud och detta ob-

objektivt sett skulle visa sig vara riktigt och landstinget nu påstår brister i TelgeKrafts anbud och även detta påstående skulle anses vara objektivt riktigt har båda anbuden vid den inledande granskningen behandlats lika då inget av anbuden diskvalificerades. Att en brist i obligatoriska krav ska beaktas oavsett när de upptäcks framgår tydligt av tidigare nämnda dom. TelgeKrafts påstående att landstinget inte gjort någon motsvarande detaljgranskning av övriga tre anbud är ogrundat. Beträffande av TelgeKrafts påstådda fel i Bergens anbud har landstinget bestridit riktigheten av dessa påståenden. TelgeKraft har inte förmått att styrka sina påståenden. Texten under rubrikerna "Fakturasamordning" respektive "Oförutsedd kostnad" är när det gäller vilka kostnadsposter som ingår respektive inte ingår i anbudet inte möjliga att förstå på ett entydligt sätt, framförallt beträffande existerande skatter, avgifter och liknande pålagor liksom kostnadsförändringar från tredje part. Under punkt 1.5 i landstingets anbudsinfordran anges "Anläggningsförteckningen kan komma att revideras med hänsyn till eventuella ändringar i landstingets fastighetsbestånd". Den av Telge Kraft AB i Bilaga 0 angivna uppgiften "Landstinget kommer varje månad prognos" är en helt egen förutsättning bolaget lagt till. Frekvensen för förändringar i landstingets fastighetsbestånd är inte sådan att den kräver månadsvis uppdatering. Bilaga 0 sid 8 beskriver en helt annan arbetsmetod. Enligt 1.5.1 i anbudsförfrågan är "Tjänster" ett skallkrav. Skallkravet är inte uppfyllt. Enligt anbudsförfrågan är "Tjänster 1.5.1" skallkrav. Ett flertal olika, icke identifierade, arbetssätt anges. Oklart vilket arbetssätt som erbjuds landstinget. Landstinget har inte angivit att frågan om hur "Tvist" ska hanteras är ett skallkrav utan endast konstaterat att bolaget i sitt "huvudavtal" anger ett annat sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Som nämns ovan ska en brist i obligatoriska krav beaktas oavsett när de upptäcks, således även under pågående överprövningsprocess. Alla leverantörer har behandlats lika. Två leverantörer har redan förkastats på grund av konstaterad brist i kravuppfyllelse. TelgeKraft anbud har under rådande överprövningsprocess granskats på nytt och har då befunnits brista i obligatoriska

krav. Brister i obligatoriska krav ska beaktas även under pågående överprövningsprocess. Även om förvaltningsrätten skulle finna att även Bergens anbud brister i kravuppfyllelse så har landstinget behandlat anbuden lika och grund för någon form av ingripande mot upphandlingen saknas således.

TelgeKraft tillägger bland annat följande. När landstinget inte har lyckas hitta några konkreta brister i TelgeKrafts anbud inriktar man sig istället på skullkrav där lite diffusa skrivningar i anbudsfrågan ger utrymme för skönsmässig tolkning. Om den upphandlande myndigheten tillåts att förändra förutsättningarna för upphandlingen i efterhand genom att peka på egna påstådda felbedömningar blir bedömningen i praktiken helt godtycklig, vilket strider mot hela syftet med LOU. Vad gäller landstingets återkommande hänvisning till kammarrättens dom bör följande noteras. I målet hade DAB Dental AB begärt överprövning med åberopande av att viss information i ett säkerhetsdatablad var felaktigt utformad i det vinnande anbudet från konkurrenten Plandent. DAB lyckades visa att skullkravet brast i det angivna avseendet, trots att reglerna om märkningen av säkerhetsdatablad inte skulle träda i kraft förrän den 1 juni 2017. Inför förvaltningsrätten anförde den vinnande anbudsgivaren Plandent, alltså inte upphandlande myndigheten, till sitt försvar att inte heller DAB hade gett in korrekta säkerhetsdatablad. Påståendet från DAB var alltså att det vinnande anbudet skulle underkännas på grund av ett fallerande skullkrav, och svaret från Plandent var att inte heller DAB levde upp till skullkravet ifråga. Det var alltså fråga om att samma skullkrav som fallerade för båda anbudsgivarna. Kammarrätten uttrycker detta på följande sätt: "Plandent har i denna del anfört att DAB inte har lämnat några säkerhetsdatablad för de produkter som offererades 1 position 12-14. DAB har inte bemött denna uppgift och Kammarrätten lägger den därför till grund för bedömningen att inte heller DAB uppfyllt det aktuella skullkravet. DABs anbud borde därför rätteligen också ha diskvalificerats." Det befanns således klarlagt i målet

att inget av anbuden var korrekt. I föreliggande fall är det inte fråga om samma skallkrav och landstinget har inte fullgjort sin bevisbörda. Domen ger inte en upphandlande myndighet någon generell rätt att göra speciella fördjupade omprövningar av enskilda anbudsgivare i efterhand eller någon rätt att återopa sin egen bristfälliga bedömning i tidigare skeden för att förhindra att upphandlingen rättas eller görs om. TelgeKraft har aldrig uttryckt att man inte tar ansvar för skatter och andra pålagor som existerar utan reservationen innefattar bara sådana framtida ändringar som inte kunde förutses. Det föreligger ingen brist i skallkravet. Skulle det råda någon oklarhet avseende existerade/framtida pålagor är det i vart fall inte proportionerligt att landstinget i efterhand ändrar sig till TelgeKrafts nackdel och diskvalificerar anbudet på den grunden. Landstinget tycks nu ha insett att man i september 2014 borde ha diskvalificerat TelgeKrafts anbud eftersom anbudet innebär att landstinget varje månad ombeds uppdatera vilka anläggningar som den levererade kraften ska utnyttjas av. Landstinget förefaller mena att skillnaden mellan skrivningen i anbudsförfrågan att "anläggningsförteckningen kan komma att revideras med hänsyn till eventuella ändringar i landstingets fastighetsbestånd" i jämförelse med TelgeKrafts anbuds text "Landstinget ska varje månad ... ge en prognos" avseende ändringar i fastighetsbeståndet, innebär en så pass allvarlig avvikelser att det är ett brott mot ett skallkrav. Den enda skillnaden är alltså att uppdatering skulle ske månadsvis. TelgeKraft kan inte förstå vilket skallkrav i p. 1.5.1. landstinget menar att TelgeKraft inte har uppfyllt och det vore i vart fall oproportionellt att diskvalificera anbudet på grund av ett fel som landstinget inte ens kan beskriva ordentligt och accepterade som uppfyllt i september 2014. Det lika svårt att förstå vilket skallkrav landstinget menar felar när det gäller hur tjänsterna ska utföras. Ingen bevisning har återopats och det ter sig orimligt att landstinget i september 2014 förstod precis vad som avsågs och godkände anbudet men nu efter en ny granskning tydligen inte förstår hur tjänsterna ska utföras.

Landstinget tillägger bland annat följande. Konstaterade brister i ett anbud ska beaktas oavsett vid vilken tidpunkt detta sker, således även under en pågående överprövningsprocess. Landstingets påstådda brister är inte svårbegripliga. Oavsett om brister föreligger eller inte har båda anbuderna behandlats lika. Inget av anbuderna diskvalificerades. Påtalade brister ska beaktas oavsett vem som framför dessa eller oavsett när de påtalas. Den av landstinget tidigare åberopade domen från kammarrätten är relevant även för detta måls bedömning. Den leverantör som inte uppfyller landstingets alla obligatoriska krav kan aldrig anses lida skada. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 28 mars 2012, mål 3307-11, angett att en leverantör som rätteligen utesluts inte längre ska betraktas som presumtiv leverantör och kan därmed inte heller anses lida skada. Kammarrätten i Stockholm har i dom 30 maj 2012, mål 924-12, angett att en förutsättning för att sökandebolaget ska anses ha lidit skada är att detta bolag uppfyller skallkraven. HFD meddelade inte prövningstillstånd. Av bilagt blad A och B ur TelgeKrafts anbud har markerats de stycken som visar att innehållet i angivna priser är ytterst oklart. Av bilagt blad C ur landstingets anbudsfrågan framgår att "pris" är ett skallkrav. Svårigheten att förstå vad som ingår i priset förstärks, som framgår av anbudet, av att rubriksättning och innehåll under rubriker inte korresponderar. Skallkravet är inte uppfyllt. Av bilagt blad D ur landstingets anbudsfrågan framgår att landstinget kommer att leverera uppgifter beträffande vilka anläggningar som ska ha elleveranser beroende på eventuella förändringar i fastighetsbeståndet. Av bilagt blad E ur TelgeKrafts anbud framgår att bolaget skapat en egen förutsättning genom att föreskriva att landstinget varje månad skall uppdatera aktuell förbrukningsprognos. Bilagt blad F visar vilket omfattande arbete som krävs för att göra prognoser med tillräcklig kvalitet som underlag för bolagets arbeten med köp och avrop av elektrisk kraft. Landstinget har inte möjlighet att leverera sådana prognoser. Bilagda blad G och H ur anbudsfrågan visar att dessa tjänster är skallkrav. Skallkraven är inte uppfyllda. Bilagt blad K ur anbudet redovisar med benämning ett antal olika

varianter på koncept för förvaltning. Dessutom redovisas något benämnt "Kundunik lösning". Av bilagt blad L ur anbudet framgår att landstinget lämnar "clearingkund" och blir "bilateral kund" om avtal skulle tecknas. Ett begrepp som i övrigt inte nämns i anbudet. Bladen M och N ur anbudsfrågan visar att "Dokumenterat god förmåga och kapacitet" är ett skallkrav. Skallkravet är inte uppfyllt.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Upphandlingen gäller elleveranser och förvaltning av elkraftsportfölj. I upphandlingen gick två anbud vidare till utvärdering, Bergen och TelgeKraft. Landstinget fann efter utvärderingen att Bergen hade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och antog bolaget som leverantör. TelgeKraft gör



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.