



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010 -04- 15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
912-10
Rotel 8

SÖKANDE

Bixia AB, 556544-2638
Box 1510
581 15 Linköping

Ombud: Advokat Henrik Stenberg
Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

Ombud: Jur.kand. Hanna Vikström
c/o Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

Ombud: Hannes Olsson
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

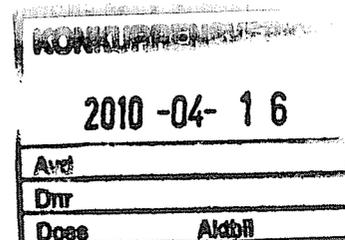
SAKEN

Överprövning enligt lagen 2007:1091 om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Landstingets i Östergötland upphandling av diskretionär portföljförvaltning och fysisk leverans av el-energi till Landstingets samtliga enheter, dnr UC-2009-89, ska göras om.

Förvaltningsrättens beslut den 8 januari 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 3297

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (Landstinget) genomför upphandling av diskretionär portföljförvaltning och fysisk leverans av el-energi till Landstingets samtliga enheter, dnr UC-2009-89. Landstinget har i tilldelningsbeslut den 29 december 2009 fattat beslut om att anta bud från Energi Försäljning i Sverige AB (EFS). Upphandlingen är genomförd enligt reglerna om förenklat förfarande.

Förvaltningsrätten har den 8 januari 2010 beslutat att Landstinget inte får avsluta upphandlingen innan något annat har beslutats.

Bixia AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att EFS anbud ska förkastas och att en ny utvärdering av anbud ska genomföras varvid Bolaget ska tilldelas högre poäng än EFS beträffande åtminstone ett av utvärderingskriterierna. Bolaget har även framställt yrkande om att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentation

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

EFS uppfyller inte skall-kraven

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare erbjuda EDI-fakturering direkt från leveransstart. Det framgår inte att EFS använder sig av EDI-fakturering. Det anges endast att den bank som EFS använder sig av inte ser några problem att uppfylla beställarens önskemål gällande elektronisk fakturering. Landstinget har inte gjort någon egentlig prövning om det vinnande anbudet från EFS uppfyller skall-kravet om EDI fakturering eller inte. Vidare har EFS lämnat en reservation avseende skall-kravet om till-

handahållande av fakturor inom sju arbetsdagar. Det vinnande anbudet har således inte uppfyllt skall-kravet om EDI-fakturering, varför Bolaget borde ha tilldelats uppdraget.

Bolaget uppfyller utvärderingskravet "Administration och Fakturering"
bättre än EFS

Förfrågningsunderlaget anger att det anbud som bedöms vara det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till angivna utvärderingskriterier i form av administration och fakturering (25 %), uppföljning och statistik (20 %), analys och förvaltning (35 %) samt pris (20 %) ska antas. I utvärderingsfasen har Landstinget, utan närmare motivering, tilldelat samtliga fyra anbudsgivare tre poäng av fem möjliga på de tre förstnämnda utvärderingskriterierna. Poängsättning har skett på ett högst godtyckligt sätt och de grundläggande principerna om transparens, affärsmässighet och likabehandling har inte följts. Det borde ha framgått att Landstinget avsett att det kriterium, motsvarande 20 procent, nämligen pris, skulle komma att vara helt avgörande. Anbudsgivarna hade med sannolikhet prioriterat att lägga sig på ett lägre pris istället för att sikta på höga poäng på de mer "mjuka" kriterierna, som värderats godtyckligt. Med hänsyn till att Bolaget uppfyller krav och önskemål från Landstinget beträffande administration och fakturering samt analys och förvaltning bättre än EFS borde Bolaget ha erhållit högre poäng än EFS avseende dessa kriterier, eller i vart fall ett av dessa kriterier, och således tilldelats uppdraget.

Fel upphandlingsform har tillämpats

Upphandlingen består inte enbart av diskretionär portföljförvaltning av el utan även av fysisk leverans av el-energi. Värdet av tjänsten i form av portföljförvaltning är inte högre än värdet av varan, dvs. elen. Det innebär att kontraktet ska behandlas som ett varukontrakt och värdet ska uppskattas till det totala beloppet som ska betalas. Enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget har upphandlingen genomförts som ett förenklat förfaran-

de med annons. Upphandlingen rör ett värde som överstiger tröskelvärdet uppgående till 1 911 155 kronor. En förenklad upphandling skulle således inte ha använts, utan en ordinär upphandlingsform skulle ha tillämpats. Bolaget innehar för närvarande ett aktuellt uppdrag för Landstinget. I uppdraget ingår, i likhet med vad som ingår i det uppdrag som upphandlats av Landstinget denna gång, att Bolaget köper in el hos en leverantör och sedan levererar den till Landstinget. Bolaget fakturerar sedan Landstinget den levererade elen. Den allra största delen av beloppet avser ersättning för leverans av el, närmare bestämt 28 075 844 kr. Endast en mindre del av det fakturerade beloppet avser betalning av tjänsten portföljförvaltning. Landstingets påstående om att kontraktsvärdet totalt skulle uppgå till 1 500 000 kr och att det är fråga om ett tjänstekontrakt är således felaktigt. Landstinget har vitsordat att uppdragstagaren ska leverera el till Landstinget och att uppdragstagaren i sin tur köper in elen från Nord Pool. Landstinget anför att ”kostnaden för elen kan betraktas som en summa pengar som går från Landstinget via upphandlad förvaltare till producenten av el.” Någon sådan konstruktion finns inte. Uppdragstagaren säljer och tar betalt för el som levereras till Landstinget på vanligt vis, på samma sätt som sker till kunder. Uppdragstagaren tar sedan på sedvanligt sätt upp det fakturerade beloppet i sin redovisning som en intäkt, samtidigt som Bolaget tar upp inköpet av el från Nord Pool som en kostnad. Allt sker genom fakturering på vanligt vis. Detta stämmer för övrigt väl överens med vad som anges i punkten 1.1.3 i förfrågningsunderlaget om att upphandlingen avser ”diskretionär portföljförvaltning och fysisk leverans av elenergi till Landstingets samtliga enheter”. Endast ett fåtal av aktörerna på elmarknaden producerar el själva. De flesta av aktörerna köper in sin el genom Nord Pool varefter försäljning av elen sker till kunden. Det framstår som oklart varför detta inte skulle vara att betrakta som en försäljning. Till belysande av det ovan nämnda bifogas även Bolagets avtal med Landstinget avseende det uppdrag som ånyo i aktuellt förfarande upphandlas av Landstinget. I avtalet redogörs för vilka priser som ska betalas till bolaget för den el som levere-

ras. Avtalet visar med tydlighet att uppdraget avser försäljning av el till Landstinget, och som en mindre del, portföljförvaltning. Landstinget har gjort en felaktig bedömning av värdet och grunderna härför. Bolaget hänvisar till länsrättens i Skåne län dom från den 1 februari 2010. – Bolaget anser med stöd av den åberopade länsrättsdomen att det inte kan uteslutas att bolaget skulle ha lidit skada på grund av att fel upphandlingsform valts.

Landstinget som yrkar avslag på Bolagets yrkanden anför i huvudsak följande.

EFS uppfyller inte skall-kraven

EFS har i sitt anbud uppgett att de uppfyller ställda skall-krav under avsnitt 4.1.8 i förfrågningsunderlaget. Landstinget har inte haft någon anledning att misstro vad EFS angivit i anbudet. Bolagets påstående saknar grund.

Bolaget uppfyller utvärderingskravet ”Administration och Fakturering” bättre än EFS

Bolaget har inte kunnat precisera vilka delar som skulle ha varit otydliga och på vilka grunder som utvärderingen brister i objektivitet. Samtliga av de inkomna anbuden motsvarar ställda förväntningar. Ingen anbudsgivare har utmärkt sig på ett exceptionellt bra eller dåligt sätt. Detta har resulterat i att samtliga anbudsgivare har tillskrivits samma utvärderingspoäng för de aktuella utvärderingskriterierna enligt förfrågningsunderlaget. Det finns, mot bakgrund av vad som anförts ovan, ingen grund för Bolagets yrkande om att Bolaget skulle ha tilldelats högre poäng än EFS. Det faktum att Bolaget och EFS fått samma poäng i utvärderingen är inte något bevis för att brott mot LOU har begåtts.

Fel upphandlingsform har tillämpats

Begreppet fysisk leverans är av mycket stor betydelse i upphandlingen eftersom det åligger portföljförvaltaren att tillse att de avtal som tecknas

via Nord Pool kommer Landstinget tillgodo. Däremot är det fel att se det som att förvaltaren äger elen och självständigt säljer den vidare till Landstinget. Leverantörens förtjänst kommer uteslutande från arbetet med portföljförvaltning. Den ersättning som Landstinget betalar till förvaltaren utgör arvode för den tjänst som tillhandahålls Landstinget. Därför ska upphandlingen betraktas som en tjänsteupphandling, varvid bestämmelsen i 15 kap 3 § LOU är tillämplig. Kontraktsvärdet uppgår till 300 000 kr per år. Medräknat s.k. optionsår medför detta ett totalt kontraktsvärde om 1 500 000 kr vilket är under tröskelvärdet för öppen upphandling. Den av Landstinget valda upphandlingsformen är således korrekt. Landstinget ifrågasätter på vilka grunder som bolaget anser sig ha lidit skada. Annonsering har pågått i 43 dagar, vilket är mer än vad som erfordras vid en elektronisk öppen upphandling. Någon förhandling har inte ägt rum och Landstingets krav på tjänsten skiljer sig inte bara för att upphandlingsformen ändras. – Landstinget vitsordar det upplägg som Bolaget beskriver avseende inköp och leverans av el och understryker följande. ”Bolaget köper in elen på Nord Pool och sedan levererar Bolaget den till Landstinget. Bolaget fakturerar sedan Landstinget för den levererade elen”. Landstinget kan till viss del förstå resonemanget om el betraktas som en vara så kommer kostnader för varan att överstiga kostnader hänförliga till tjänsten. Problemet är dock att upphandlingen inte avser någon vara utan enbart tjänsten portföljförvaltning. I upphandlingen finns noga beskrivet vad som ska ingå i tjänsten (Villkor s. 17 avsnitt 4.1.10) och bilaga 2 - Riskpolicy elhandel). Om upphandlingen även skulle ha innefattat el som vara, torde Landstinget ha behövt förtydliga och specificera de produktionstekniska förutsättningarna.

Lagtext

Av 1 kap 2 § LOU framgår bl.a. följande. Kapitlen 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser så kallade B-tjänster eller som avser andra kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som an-

ges i lagen. En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster skall anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A- tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall skall upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

I 1 kap 9 § LOU framgår de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap 18 § LOU framgår följande. Med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 21 §. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna. Ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster och omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader enligt bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska behandlas som ett tjänstekontrakt.

Den s.k. överviktsprincipen framgår i 2 kap 1 § samma lag. Med varukontrakt avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett tjänstekontrakt enligt 18 § andra stycket. Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

I 3 kap LOU finns bestämmelserna om hur värdet av de kontrakt som upphandlas ska beräknas. Enligt 3 kap 3 § ska bl.a. värdet av ett kontrakt upp-

skattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

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

Av förfrågningsunderlaget 1.1.3 framgår att upphandlingen avser diskretionär portföljförvaltning och fysisk leverans av el-energi till Landstinget samtliga enheter. Samt under 1.1.4 att upphandlingen genomförs enligt lagen 2007:1091 om offentlig upphandling genom förenklat förfarande med annons.

Av tilldelningsbeslut den 29 december 2010 framgår att Landstinget avser att teckna avtal med EFS samt att det anbud som antagits uppfyller samtliga krav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån de utvärderingskriterier som redovisats i förfrågningsunderlaget.

Av EFS anbud framgår att EFS accepterar kravet på EDI-fakturering enligt formatet SFTI 9.1.1 ver 2.51. Vidare framgår följande: "Givetvis är leverantören beroende av nätägarens förmåga att lämna korrekta mätvärden inom rimlig tid."

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget gör gällande att fel upphandlingsform använts. Vidare menar bolaget att det vinnande anbudet inte uppfyller det krav på EDI-fakturering som ställts i förfrågningsunderlaget och att Bolaget bättre motsvarar de

krav som uppställts angående fakturering samt att det vinnande anbudet från EFS innehållit en reservation angående punkten 4.1.8 i förfrågningsunderlaget som gäller tillhandahållande av faktura inom sju dagar. Bolaget menar vidare att utvärdering av anbud har skett på ett godtyckligt sätt och därmed i strid med 1 kap 9 § LOU.

Anbud ska spegla det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget i sin helhet, i annat fall ska anbudet förkastas. Ett anbud som innehåller en reservation anses i enlighet med avtalslagen (1915:218) inte som ett anbud och får inte heller vid offentlig upphandling tas upp till prövning (jfr Kommentarer Offentlig upphandling, Hentze och Sylvé, s. 766–767). Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår bl.a. att anbudsgivaren ska acceptera villkoren i förfrågningsunderlaget. Som villkor anges bl.a. att anbudsgivaren önskar att EDI-fakturering tillämpas samt att fakturor ska vara beställaren tillhandada senast sju arbetsdagar efter mätperiodens utgång.

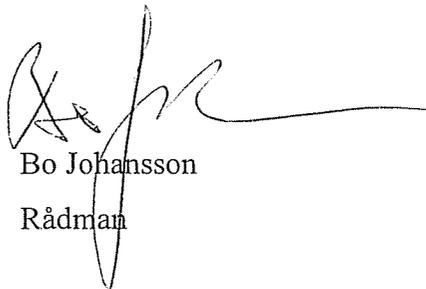
Av vad som framkommit i målet har EFS accepterat kravet på den ifrågasvarande typen av fakturering samt upplyst om hur EFS avser att uppfylla önskemålet om EDI-fakturering. EFS har därutöver uppgett att leverantören givetvis är beroende av nätägarens förmåga att lämna korrekta mätvärden inom rimlig tid. Informationen, som anses vara av allmängiltig karaktär, har lämnats upplysningsvis, varvid skäl saknas att frångå att EFS förbundit sig att godta kravet på EDI-fakturering. Mot bakgrund av vad som anförts ovan och eftersom Bolaget inte heller har förmått visa på vilket sätt Landstinget brustit i utvärderingen eller hur Bolaget, på ett bättre sätt uppfyllt skall-kraven, ska Bolagets talan, i denna del, lämnas utan bifall.

Bolaget har anført att det totala värdet av kontraktet överstiger tröskelvärdet för förenklad upphandling och att upphandlingen således borde ske genom s.k. öppet förfarande. I målet är tvistigt, vad upphandlingen avser. Ledning finns att sökas i förfrågningsunderlaget, som upprättats av an-

budsgivare och använts av anbudsgivare vid utformning av anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ”diskretionär portföljförvaltning och fysisk leverans av el-energi till Landstingets samtliga enheter”. Eftersom förfrågningsunderlaget på denna punkt svårligen låter sig missförstås och eftersom Landstinget vitsordar det upplägg som Bolaget beskriver avseende inköp och leverans av el, kan konstateras att kontraktssumman i förevarande upphandling överstiger tröskelvärdet för förenklad upphandling enligt 15 kap LOU. Genom att använda fel upphandlingsform har Landstinget brutit mot LOU. Bolaget kan därigenom ha riskerat att lida skada.

Bolaget sålunda förmått visa att Landstinget brutit i upphandlingsförfarandet samt att Bolaget har lidit eller kunnat lida skada. Därmed föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. De med LOU icke förenliga åtgärder som Landstinget vidtagit har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rättelse är därför inte en tillräcklig åtgärd, utan upphandlingen ska göras om.

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



Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Charlotta Necking.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.