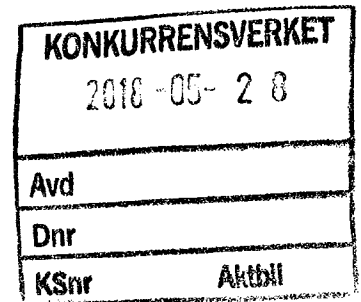




**SÖKANDE**

Energi Försäljning Sverige AB, 556713-8549

Ombud: Advokat Mikael Engström och Peter Riiga  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm



**MOTPARTER**

1. Kalmar kommun
2. HB Telemarken i Kalmar, 969608-6363
3. Kalmar Airport AB, 556715-8117
4. Kalmarhem AB, 556526-5906
5. Destination Kalmar AB, 556574-7929
6. Kalmarsunds gymnasieförbund, 832401-6453
7. Kalmarsundsregionens renhållare, 222000-1883
8. Kalmar Vatten AB, 556481-7509
9. KIFAB, 556019-9894

Ombud för 1-9: Kalmar kommun, Upphandlingsenheten  
Serviceförvaltningen  
Box 611  
391 26 Kalmar

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Energi Försäljning Sverige AB:s anbud ska beaktas.

---

**YRKANDEN M.M.**

Kalmar kommun (kommunen) har, för ovan nämnda parter räkning, genomfört en upphandling av ett ramavtal för elhandel. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt bestämmelserna i LOU. Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna ”*anbudspris*” och ”*kundnytta och kundtjänster*” avsågs att antas. Fem anbud inkom varav ett anbud bedömdes uppfylla de krav som uppställts i upphandlingsdokumentet och därmed kvalificerades och utvärderades. I tilldelningsbeslut den 24 oktober 2017 utsågs Kalmar Energi och Försäljning AB som leverantör.

Energi Försäljning Sverige AB (EFS) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs i vilken anbudet från EFS ingår. I andra hand yrkar EFS att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider EFS yrkanden om rättelse samt att upphandlingen ska göras om.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

*EFS*

Kommunen har genom att förkasta bolagets anbud, trots att det saknas skäl för det, förfarit i strid med transparens- och likabehandlingsprinciperna i 4 kap. 1 § LOU. Om bolagets anbud hade tagits upp till utvärdering skulle bolaget sannolikt ha tilldelats kontrakt. Kommunens överträdelse har därmed medfört skada eller risk för skada för bolaget i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Kommunen har förkastat bolagets anbud eftersom den menar att bolaget inte uppfyller villkoren i anbudsförfrågan då; ”[h]antering av vindkraftproduktionen avviker mot förfrågningsunderlaget, ingen beskrivning av hur faktisk vindkraftproduktion kommer att redovisas på förbrukningsfaktura”.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturer. Bolaget har lämnat efterfrågad beskrivning för detta område. Till anbudet har bifogats en PDF-fil där frågan om hantering och redovisning beskrivs i löpande text samt en Excel-fil som beskriver hur faktisk förbrukning förhåller sig till fakturering. Bolaget har lämnat förslag till enkel och tydlig fakturahantering. Bolaget har lämnat information om det innehåll som kommunen kommer att få på förbrukningsfaktura. Bolaget har lämnat ett förslag i enlighet med innebörden av kravet.

Termen *förbrukningsfaktura* är inte definierad i upphandlingen och har ingen vedertagen form. Det har inte gått att utläsa av förfrågningsunderlaget vad kommunen önskat av anbudsgivarna såvitt avser förbrukningsfakturer. Oavsett har bolaget likafullt lämnat ett förslag i enlighet med innebörden av det påstådda kravet. Bolagets förbrukningsfaktura är den som återfinns i inlämnad Excel-fil. Av bolagets förslag går det utan problem att utläsa hur stor del av den fakturerade slutkundens förbrukning för en period som utgörs av kommunens egen vindproduktion. Av anbudet framgår i sammanfattning hur faktureringsprocessen går till samt hur fakturan kommer att se ut, inbegripet uppgift om förbrukning relativt egen vindkraftproduktion. Av fakturan framgår sålunda den totala förbrukningen under fakturerad månad, vilken kostnad sådan förbrukning uppgår till, uppgift om total vindkraftsproduktion under fakturerad månad samt vilket kreditbelopp som kommunen kommer att erhålla till följd därav. Således är bolagets förslag lämnat helt i enlighet med vad kommunen efterfrågat. Huruvida bolaget sedan skulle ha misslyckats att redovisa nämnda uppgifter på just en

förbrukningsfaktura i format och form som kommunen sett framför sig är ovidkommande. Eftersom kommunens specifika önskemål kring förbrukningsfakturer inte uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget är kommunen förhindrad att beakta eventuella brister kring detta vid bedömningen av bolagets förslag.

För det fall kommunen anser att förbrukningsfakturan är under förväntan är kommunen hänvisad till sin poängskala, där två poäng tilldelas förslag som är under förväntan. Något förkastande kan inte komma ifråga. Ett bristfälligt förslag kan under alla omständigheter inte få till konsekvens att anbudet förkastas. Förslaget efterfrågas endast och uttryckligen under förfrågningsunderlagets avsnitt "*utvärdering*". Av detta avsnitt framgår inte annat än att förslaget kommer att värderas enligt en värdeskala och därvid tilldelas 0-5 poäng beroende på hur bra förslaget är.

Ingenstans i anslutning till utvärderingsområdet i fråga, eller ens i övrigt i förfrågningsunderlaget, finns uttryckt att inlämnandet av förslag på visst sätt är ett obligatoriskt krav, att anbudsgivaren ska lämna in ett förslag på visst sätt, eller i övrigt att bristfälliga förslag har till konsekvens att anbudet förkastas. Att då ändå förkasta bolagets anbud står i strid med transparens- och likabehandlingsprinciperna. Eftersom kommunen endast och uttryckligen efterfrågat det aktuella förslaget inom ramen för utvärdering, och i samband med den efterfrågan inte föreskrivit annan konsekvens för inlämnade förslag än att de kommer att tilldelas 0-5 poäng, kan sålunda något förkastande av anbud inte komma ifråga för eventuellt bristfälliga förslag. Bolagets anbud kan därför tas upp till utvärdering.

Kravet om att beskriva hur faktisk vindproduktion kommer att redovisas på förbrukningsfaktura strider mot transparensprincipen. Av förfrågningsunderlaget går det inte att förutse hur kommunen menar att kravet uppfylls. Om kravet uppfylls framgår det inte vad som krävs för att få högsta poäng.

Det är endast vid kommunikeringen i förvaltningsrätten som kommunen gett uttryck för att kravet skulle uppfyllts genom att lämna in ett utkast till förbrukningsfaktura, även om detta är otydligt uttryckt.

Bolaget har lämnat ett förslag om hur bolaget ämnar hantera, redovisa och beräkna kommunens vindkraftproduktion, vilket måste anses vara i linje med syftet med kravet. Fyra av fem anbud har förkastats på samma grund som bolagets, vilket inte hade varit fallet om kravet hade varit transparent. Förfrågningsunderlaget saknar även sådana uttryckliga och tydliga föreskrifter som krävs för att bristande förslag ska kunna få till konsekvens att anbud förkastas. Punkten ”[a]nbudet ska innehålla samtlig efterfrågad information”, under avsnittet ” [a]llmänna föreskrifter” i förfrågningsunderlaget, är en allmänt hållen ordningsföreskrift som enligt praxis och doktrin inte är tillräckligt uttrycklig och tydlig för att utgöra grund för förkastande.

Bolagets anbudspris är avsevärt lägre än vinnande anbudgivares pris. För det fall bolagets anbud rätteligen hade tagits upp till utvärdering skulle bolaget sannolikt tilldelats kontrakt. Det felaktiga förkastandet och den bristande transparensens har medfört att EFS har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap 6 § LOU.

#### *Kommunen*

EFS har inte lämnat samtliga kravställda uppgifter i sitt anbud. Att utvärdera EFS anbud trots bristerna i detsamma hade stått i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och öppenhet. Kommunen har därför förfarit korrekt genom att förkasta EFS anbud. Det saknas därmed grund för att förordna om ingripande enligt LOU, varför EFS ansökan om överprövning ska avslås.

Kommunen har i upphandlingen ställt krav på att anbudsgivarna ska redovisa "[f]örslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturer samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat". Det är således ett ovillkorligt krav att anbudsgivarna ska inge sådant förslag och redovisning. Anbudsgivarnas redovisade förslag ska sedan läggas till grund för utvärderingen i upphandlingen. Att innehållet i en kravställd redovisning även ska användas inom ramen för utvärderingen är vanligt förekommande och utgör på intet sätt en överträdelse av LOU.

Bakgrunden till det aktuella kravet kan härledas till ett beslut från kommunens servicenämnd. På politisk nivå har det beslutats om att kommunens egen vindkraftsproduktion, och kostnaden för denna, ska redovisas just på respektive verksamhets faktura. I syfte att säkerställa att tilldelad anbudsgivare har förmåga att redovisa vindkraftsproduktionen i enlighet med beslutet har kommunen uppställt ett sådant krav i upphandlingen. Det är alltså inte tillräckligt att redovisningen av den faktiska vindkraftsproduktionen kan ske på annat sätt än på fakturan. Kommunen har inte närmare förskrivit att fakturaförslaget ska ha viss form, men det måste naturligtvis röra sig om ett förslag som omfattar de uppgifter som en faktura i övrigt normalt sett innehåller. Detta torde vara uppenbart för varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Kravet är därmed transparent.

Innebörden av kravet är att det ska vara möjligt att utläsa hur stor del av den fakturerade slutkundens förbrukning för en period som utgörs av kommunens egen vindkraftsproduktion. Kvaliteten på förslagen kan emellertid variera, varför kommunen valt att förslagen ska utvärderas och poängsättas. Förslagen måste åtminstone innehålla den grundläggande efterfrågade informationen för att överhuvudtaget kunna utvärderas. Om anbudet inte innehåller samtlig efterfrågad information ska anbudet förkastas. Om kommunen skulle acceptera förslag som inte innehåller uppgifter om hur

egen faktisk vindproduktion redovisas på förbrukningsfakturer kan kommunen inte säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet har förmåga att presteras förbrukningsfakturer som innehåller den information som servicenämndens beslut föreskriver och då faller det grundläggande syftet med kravet. Kravet på redovisning av egen vindkraftsproduktion syftar också till att följa upp kommunens energi- och miljöarbete. Kravet har en tydlig och adekvat koppling till de elhandelstjänster som upphandlas och kommunen har därför haft rätt att ställa kravet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det *dels* är ett obligatoriskt krav att fylla i bilaga 7 och bifoga denna till anbudet, *dels* att bilagan måste innehålla samtlig efterfrågad information, däribland förslag till redovisning av kommunens faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturer. Därtill framgår uttryckligen att anbud som inte uppfyller dessa krav kan komma att förkastas.

EFS har inte redovisat något förslag på redovisning av kommunens faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturer. Den Excel-fil som EFS bifogat anbudet är inte en förbrukningsfaktura utan ett separat Excel-dokument. Dokumentet saknar dessutom grundläggande information som fordras vid fakturering, t.ex. belopp, förfallodag och till vilket konto betalning ska ske. Till anbudet bifogat dokument "[f]örslag till enkel och tydlig fakturahantering" framgår att det på fakturer kommer att framgå anläggning, anläggningsadress, anläggningsidentitet, kundnummer, fakturanummer och eventuella referensnummer. Dessa uppgifter saknas i Excel-filen. Det är oklart på vilket sätt det av Excel-filen går att utläsa hur stor andel av aktuell slutkunds elförbrukning som utgörs av kommunens egen vindkraftsproduktion, vilket varit innebörden med kravet. Eftersom EFS anbud saknar förslag till redovisning av kommunens faktiska vindproduktion på förbrukningsvaror, innehåller anbudet inte samtlig efterfrågad information och har därför rätteligen förkastats.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av upphandlingsdokumentets allmänna föreskrifter framgår bl.a. följande:

**Anbuds form och innehåll**

Anbudet ska uppfylla följande obligatoriska krav. Anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven kan komma att förkastas.

[...]

- Leverantören ska fylla i samtliga begärda bilagor (bilagorna 2, 3, 4 och 7) till upphandlingsdokumentet och bifoga dessa till anbudet.
- Anbudet ska innehålla samtlig efterfrågad information och samtliga efterfrågade dokument.

Under avsnittet "[p]rövning av anbud" i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande.

**Utvärdering**

Utvärdering kommer att ske av de anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav och som lämnats av leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven ovan. Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn tagen till följande utvärderingskriterier:

1. Anbudspris 60-80%
2. Kundnytta och kundtjänster 20-40%"

[...]



**Kundnytta och kundtjänster**

Följande områden kommer att värderas, beskrivning lämnas i bilaga 7.

[...]

5. Förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat.

[...]

Varje område kommer att värderas enligt nedanstående värdeskala:

[...]

Värderingen för de olika områdena läggs samman till en slutpoäng för kriterie 2, kundnytta och kundtjänster. Maximalt 30 poäng kan uppnås.

I samband med att tilldelningsbeslut fattades tillställdes EFS en skrivelse av kommunen varigenom bolaget informerades om att deras anbud inte uppfyllt villkoren i anbudsförfrågan och därför förkastas. Orsaken uppgavs vara att hantering av vindkraftproduktionen avviker mot förfrågningsunderlaget då ingen beskrivning finns av hur faktisk vindkraftsproduktion kommer att redovisas på förbrukningsfaktura.

Förvaltningsrätten kan konstatera att EFS till sitt anbud lämnat en bilaga benämnd ”5. Förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraft på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat”. I bifogat dokument presenteras bolagets förslag till hantering och redovisning av vindkraftsproduktion samt Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat.

Med hänsyn till hur aktuellt krav har formulerats och var i upphandlingsdokumentet det stått att finna har, enligt förvaltningsrättens mening, EFS genom sin bilaga ”5. Förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraft på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat” uppfyllt vad som efterfrågas under den aktuella utvärderingspunkten. Att förslaget skulle lämnas på en förbruk-

ningsfaktura, som kommunen menar, framgår inte med sådan tydlighet att förslag som inte lämnas i den formen kan förkastas. Kommunen har enligt förvaltningsrättens mening därför haft att värdera och poängsätta EFS förslag enligt den angivna värdeskalan. Genom att förkasta EFS anbud, som uppfyller uppställda krav, har kommunen agerat i strid mot reglerna i LOU och principerna om likabehandling och transparens.

EFS har anfört att bolagets anbudspris är avsevärt lägre än vinnande anbudsgivares pris och att kommunens agerande medfört skada, eller i vart fall risk för skada för bolaget. Kommunen har inte invänt häremot. Förvaltningsrätten finner att EFS får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap 6 § LOU på grund av kommunens agerande. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt LOU. Det får anses tillräckligt att förordna om rättelse. EFS ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från EFS ska beaktas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)

Jenny Ulfsson  
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Susanne Rehnström



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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-postadress, 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.