

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2009-10-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6972-09 E
Rotel 11

SÖKANDE

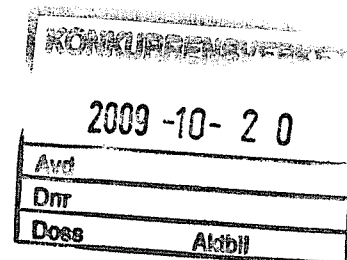
Göteborg Energi DinEl AB, 556572-4696
Box 88
401 21 Göteborg

MOTPART

Göteborgs stad Trafikkontoret
Box 2403
403 16 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; LOU



DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till följd härav gäller inte länsrättens beslut den 14 september 2009 längre.

Dok.Id 183840

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031-732 70 00

E-post: lansrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031-711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Göteborgs Stad Trafikkontoret har genomfört en upphandling av Diskretionär finansiell portföljförvaltning respektive fysisk leverans av elkraft. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslutet den 2 september 2009 framgår att Östkraft AB har vunnit anbudet.

YRKANDEN M.M.

Göteborg Energi DinEl AB (bolaget) yrkar att upphandlingens utvärdering ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Enligt punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget ska prövningen av anbuden ske i tre steg; 1. granskning på formell grund, 2. kvalificering och 3. prisjämförelse. De anbud som har passerat kvalificeringsfasen ska utvärderas enligt de anbudskriterier som beskrivs i punkt 6.1 i förfrågningsunderlaget. Enligt denna punkt är kriteriet för anbudsutvärderingen endast "lägsta pris". Utvärderingen har dock genomförts på ett inkonsekvent, otydligt och felaktigt sätt. Anbudsgivarna har hanterats olika och upphandlingen har genomförts i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och principen om affärsmässighet. Värderingskriterierna är otydliga då "Pris 2-Portföljförvaltningstjänst" är svår att värdera eftersom det inte tydligt framgår hur aktiv förvaltningen bedöms vara, d.v.s. hur många gånger kundens volym kommer att omsättas före leverans. I utvärderingen har denna post värderats så som att energivolymen endast köps in en gång och ingen ytterligare handel sker, vilket inte är ett rimligt antagande för den tjänst som efterfrågas. Vidare har Trafikkontoret räknat fel avseende Pris 1 där Östkraft AB:s pris med stor sannolikhet är utan räntekostnaden och med en à-contofaktureringsmetod. Enligt förfrågningsunderlaget kan à-contofaktureringsmetoden ske efter särskild överenskommelse. Bolaget ställer sig frågande till hur denna överenskommelse kan ha kommit till

stånd vid utvärderingen. Bolaget har i sitt anbud tydligt redogjort för hur kostnaden för den efterskottsbetalning som efterfrågas beräknas så att värderingen av en à-contofakturering ska vara möjlig. Trafikkontoret har då troligen räknat med räntekostnaden för bolaget men exkluderat den för Östkraft AB. Vidare har Östkraft AB endast angivit pris för år 2010 i Pris 3 "Bra Miljöval" medan bolagets pris avser hela den avtalsperiod som efterfrågas. Marknadspriset på efterfrågad vara är stigande per kalenderår under avtalsperioden vilket omöjliggör en värdering av Östkraft AB:s lämnade pris i denna del. Östkraft AB borde därmed inte ha kvalificerats.

Trafikkontoret medger att upphandlingen ska göras om men bestrider att rättelse kan ske på det sätt bolaget yrkar. Trafikkontoret anför följande. Avsikten med upphandlingen är att köpa in det kompletta behovet av elenergi. Under punkt 3.4.1 Produkt – Leveransvillkor i förfrågningsunderlaget står att anbudet skall avse fysisk leverans fritt svenskt stamnät och utgöras av s.k. prima kraft för att tillfredsställa varje uttagpunkts totala behov av elenergi under årets alla timmar. Priset på den fysiska kraften inklusive balansansvar och effektagifter skall anges som ett påslag i svenska kronor (SEK)/MWh på Nordpool spotpris, prisområde Stockholm (STO). Påslag för fysisk handel skall omfatta samtliga handelsavgifter och vara fast under avtalsperioden med undantag att justering i förhållande till ev. förändringar i handelsavgifter under perioden ska ske med faktiskt belopp. Av punkten 5.2 Betalningsvillkor i förfrågningsunderlaget framgår att debitering sker fyra gånger per år i efterskott, den 31 mars, den 30 juni, den 30 september och den 31 december. Om särskild överenskommelse sker kan à-contofakturering ske månadsvis. Eftersom en del företag debiterar räntekostnader vid fakturering i efterskott har Trafikkontoret valt att medge fakturering à-conto. Avsikten var inte att det skulle finnas möjlighet att debitera räntekostnader, utan Trafikkontoret har räknat med att det pris som lämnas gäller utan några räntekostnader. Östkraft AB har lämnat pris

utan räntekostnader. Det framgår dock klart att bolaget har räknat med räntekostnader i sitt pris med påslag om 8,9 SEK/MWh. I det räkneexempel som bolaget gett är påslaget för räntekostnader ca 3 SEK/MWh. Östkraft AB har offererat ett pris med påslag om 4,25 SEK/MWh. Även om en förfrågan hade gjorts till anbudsgivarna, vilket Trafikkontoret inte ansåg möjligt, har Östkraft AB därmed lägst pris. Vad anbudsgivaren i realiteten valt att väga in i totalpriset har Trafikkontoret inte haft anledning att ha synpunkter på. Trafikkontoret inser dock att det inte tydligt anges i förfrågningsunderlag att räntekostnader inte ska vara en del av anbudet med hänsyn tagen till möjligheten till à-contofakturering. Det har lett till otydlighet och olika hantering av påslagen för fysisk kraft. Det innebär att ingen anbudsgivare, inklusive bolaget, kunnat lämna ett utvärderingsbart anbud. Att i efterhand korrigera priser m.m. är därför inte möjligt. För en korrekt och likabehandling av alla anbudsgivare är rättelse genom förnyad utvärdering därmed inte möjlig.

Bolaget yrkar här efter i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att Östkraft AB:s anbud förkastas och bolagets anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen får avslutas sedan rättelse gjorts innebärande att utvärderingen ska göras om med följd att anbudet från bolaget ska antas i upphandlingen. I tredje hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför följande. I punkt 3.4 i förfrågningsunderlaget gällande prisförfrågan anges att "Beställaren önskar leverans av el enligt Naturskyddsföreningens kriterier för "Bra Miljöval". Prisangivelse för leverans av el enligt dessa kriterier skall bifogas anbudet" I punkt 6.1 i förfrågningsunderlaget anges att det enda utvärderingskriteriet avseende "Bra Miljöval" är SEK/MWh. I punkt 2.2.1 i förfrågningsunderlaget anges att "Anbud skall avges enligt förfrågningsunderlaget och får inte innehålla reservationer." Östkraft AB anger i sitt anbud att "Ni ges möjlighet att välja produktionsspecificerad el

enligt en mix av produktionskällor motsvarande kraven för Svenska Naturskyddsföreningens märkning med Bra Miljöval. Ursprunget kan härledas och verifieras vid en årlig redovisning till Er. Pris för sådan el erbjuds mot ett tillägg om 6,12 SEK/MWh. För leveransperioderna 2011 och framåt erbjuds denna el mot ett tillägg enligt då gällande pris på den bilaterala marknaden.” Av ovanstående stycke framgår att Östkraft AB:s anbud inte anger någon prisangivelse avseende åren 2011-2013, vilket är ett skall-krav enligt förfrågningsunderlaget. Östkraft AB:s anbud innehåller en reservation i strid med punkt 2.2.1 i förfrågningsunderlaget som innebär att Östkraft AB:s anbud inte kan utvärderas gentemot andra anbud som i enlighet med förfrågningsunderlaget innehåller ett pris avseende avtalsperioden 2010-2013. Östkraft AB:s anbud uppfyller därmed inte de uppställda skall-kraven och ska därför förkastas. Bolaget har inkommit med prisangivelser avseende “Bra Miljöval” helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. I punkt 3.4.1 i förfrågningsunderlaget anges vidare att priset på den fysiska kraften inklusive balansansvar och effektavgifter skall anges som ett påslag i svenska kronor (SEK)/MWh på Nordpool spotpris, prisområde Stockholm (STO). Påslaget skall omfatta samtliga handelsavgifter och vara fast under avtalsperioden med undantag att justering i förhållande till eventuella förändringar i handelsavgifter under perioden skall ske med faktiskt belopp. I punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget avseende betalningsvillkor anges att debitering sker fyra gånger per år i efterskott och att betalning sker 30 dagar efter det att fakturan ankomststämplat. Vidare anges att “Om särskild överenskommelse sker, kan à-contofakturering ske månadsvis”. I punkt 2.2.1. i förfrågningsunderlaget anges att anbud skall avges enligt förfrågningsunderlaget och får inte innehålla reservationer. I frågor och svar av den 10 augusti 2009 ställs en fråga om Trafikkontoret kan tänka sig betalning var 30:e dag alternativt à-contofakturering istället för fyra gånger per år. Trafikkontorets svar är mycket tydligt då Trafikkontoret anger att det är fakturering fyra gånger

per år som gäller på grund av att tätare fakturering innebär alltför stor arbetsbörda. Å-contofakturering kan endast ske efter särskild överenskommelse. Bolaget har i sitt anbud angivit följande under rubriken Fakturering och betalningsvillkor: "Fakturering av elleveransen sker kvartalsvis i efterskott och förfaller till betalning 30 dagar efter fakturadatum. I nedanstående prispåslag ingår kreditkostnader för de önskade fakturaintervallen utgående från nuvarande ränte och elprisnivå samt 75 kreditdagar. Om Parterna enas om månadsvis fakturering kan prispåslagen reduceras." Avseende Priser och Påslag anges att påslaget för fysisk elleverans enligt punkten 3.4.1 i förfrågningsunderlaget är 8,9 SEK/MWh. Mot bakgrund av att Trafikkontoret i förfrågningsunderlaget efterfrågar det totala priset med kvartalsvis fakturering i efterskott utan reservationer har bolaget till det offererade priset inkluderat kreditkostnader. Bolaget har vidare för tydlighetens skull valt att ange att om en å-contofakturering kan överenskommas kommer påslaget att kunna reduceras då en lång kredittid medför en merkostnad i jämförelse med en kort kredittid. Under rubriken Leverans i Östkraft AB:s anbud framgår tydligt att Östkraft AB:s påslag om 4,25 SEK/MWh är exklusive kreditkostnader och att dessa tillkommer. Genom att inte ange ett fast påslag avseende kreditränta under avtalstiden och genom att lägga krediträntan utanför påslaget är Östkraft AB:s anbud och bolagets anbud inte jämförbara. Genom Östkraft AB:s skrivning i anbudet och Trafikkontorets utvärdering har Östkraft AB gynnats framför bolaget. Trafikkontoret ska därför göra om utvärderingen och bolagets anbud, som innehåller ett fast påslag under hela avtalstiden, ska antas. I och med att bristerna i förevarande upphandling inte ligger i det konkurrensuppsökande skedet, föreligger inte något hinder för länsrätten att förordna att upphandlingen ska rättas i enlighet med bolagets yrkande.

Trafikkontoret har härefter anfört följande. Trafikkontoret har begärt fakturering fyra gånger per år eftersom tätare fakturering innebär större

arbetsbörda. För att leverantören inte ska drabbas av kreditkostnader skrevs i förfrågningsunderlaget att à-contofaktureringsmedges efter särskild överenskommelse, vilket även har meddelats i frågor och svar. Med hänsyn till att à-contofaktureringsmedges har avsikten varit att anbudsgivarna inte ska räkna med kreditkostnaderna i sitt anbud. Bolaget skriver i sitt anbud "Faktureringsmedges av leverans sker kvartalsvis och förfaller till betalning 30 dagar efter fakturadatum. I nedanstående prispåslag ingår kreditkostnader för de önskade kreditintervallen utgående från nuvarande ränta och elprisnivå samt 75 dagars kreditdagar. Om parterna enas om månadsvis faktureringsmedges kan prispåslagen reduceras". Någon möjlighet att reducera prispåslagen som bolaget föreskriver i sitt anbud är inte förenligt med LOU. Bolagets anbud innehåller därmed en reservation i denna del och kan därmed inte antas. Förfrågningsunderlaget har dock inte varit tillräckligt tydligt vad avser pris vilket har lett till att anbudsgivarna lämnat pris på olika grunder. Bristen är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet. Rättelse genom ny utvärdering och antagande av annat anbud är således inte möjlig.

Länsrätten beslutade den 14 september 2009 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

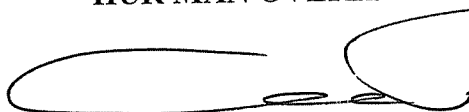
Enligt 1 kap. 9 § samma lag ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Länsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att upphandlingen i vissa delar står i strid med de krav som ställs i LOU. Länsrätten instämmer därvidlag i parternas bedömning. Detta förfarande har kunnat medföra skada för leverantörerna. Frågan i målet gäller därmed om rättelse ska ske eller om upphandlingen ska göras om.

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU är det normala förfarandet att rätten bestämmer att upphandlingen ska göras om. Anledningen till detta är att en rättelse i ett enskilt fall lätt kan skapa orättvisor i andra delar av upphandlingen, så att andra leverantörer drabbas negativt av rättsens beslut. Endast undantagsvis kan det vara tillräckligt med en rättelse. En sådan undanstagsituation föreligger enligt länsrättens bedömning inte i detta fall och någon möjlighet till rättelse finns således inte, varför upphandlingen måste göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (Dv 3109/1b)



Olle Holmstedt

/LR



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.

