



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

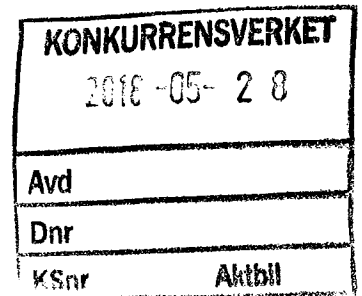
DOM
2018-05-28
Meddelad i Växjö

Mål nr
4348-17

SÖKANDE

Hafslund Energi AB, 559008-0932

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg



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 Hafslund Energi AB:s anbud ska beaktas.

Dok.Id 173788

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

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 uppställs i upphandlingsdokumentet och därmed kvalificerades och utvärderades. I tilldelningsbeslut den 24 oktober 2017 utsågs Kalmar Energi och Försäljning AB som leverantör.

Hafslund Energi AB (Hafslund) yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse genom ny utvärdering vid vilken Hafslunds anbud ska tas upp till prövning.

Kommunen bestrider Hafslunds yrkande om rättelse.

VAD PARTERNA ANFÖR*Hafslund*

Bolagets anbud har förkastats med hänvisning till att anbudet inte skulle ha uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Kommunen anser att bolaget inte uppfyllt kravet avseende bilaga 7 i förfrågningsunderlaget, dvs. att lämna ”[f]örslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat”. Bolaget har lämnat efterfrågat förslag. Kommunen har därför felaktigt uteslutit bolagets anbud från upphandlingen. Bolagets anbud har varit kravuppfyllande och bolaget har på grund av den felaktiga uteslutningen i vart fall lidit risk för skada, varför det föreligger

skäl att förordna om rättelse genom ny utvärdering där bolagets anbud ska tas upp till prövning.

Skrivningen i förfrågningsunderlaget av aktuellt krav innebär inte ett obligatoriskt krav på att förslaget ska ha ett givet innehåll, en viss minimiutformning eller ett visst miniminnehåll. Det står inget om hur förslaget ska utformas eller att det ska redovisas i kilowattimmar (kWh). Den obligatoriska delen är att ett förslag ska lämnas, därefter ska de innehållsmässiga aspekterna bedömas i utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget under rubriken ”[a]nbuds form och innehåll” anges att anbud ska uppfylla ett antal obligatoriska krav och om så inte sker kan anbudet komma att förkastas. I avsnittet under angiven rubrik finns bl.a. följande två punkter.

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

Detta är det enda obligatoriska kravet avseende bilaga 7.

Det som tydligast visar att den aktuella skrivningen endast är ett obligatoriskt krav på lämnande av förslag, och inte ett visst innehåll, är den utvärderingsskala som kommunen tillämpar.

Utvärderingen i upphandlingen sker enligt kriterierna *pris* samt *kundnytta och kundtjänster*. Kriteriet kundnytta och kundtjänster värderas utifrån olika områden där svaren från anbudsgivarna poängsätts på en skala 0-5 poäng. Ett av de områden som bedöms och poängsätts är ”[f]örslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat”.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte preciserat vilken utformning av förbrukningsfakturan som krävs för att den ska uppfylla miniminivå. En jämförelse kan göras med kvalificeringskraven, exempelvis är det tydligt vad som gäller för uppfyllelse av obligatorisk miniminivå för ekonomisk ställning. Motvarande gäller för kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem. Villkoren i en upphandling ska som grundregel vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka villkoren på samma sätt. Om ett krav ska medföra uteslutning så ska det vara precist och tydligt.

Av förfrågningsunderlagets bilaga 7 framgår bl.a. följande:

Kundnytta och kundtjänster

Detta dokument kommer att utgöra det vi utvärderar gällande kundnytta och kundtjänster, rutorna är möjliga att göra större så att mer text får plats.

I förfrågningsunderlaget anges följande.

Kundnytta och kundtjänster

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

Som framgår är "[f]örslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsvaror samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat" helt och hållet kopplat till utvärderingen. Förslaget är inte kopplat till en kravspecifikation med obligatoriska krav utan det enda obligatoriska krav som finns avseende förfrågningsunderlagets bilaga 7 är att själva bilagan ska fyllas i, allt i enlighet med förfrågningsunderlagets lydelse. Förslagets innehåll ska bedömas i utvärderingen. Genom att förhållandena bedöms i utvärderingen kan inte uteslutning ske på grund av att kommunen anser att själva innehållet har vissa brister. En annan tolkning av kravet skulle innebära att det föreligger brist i transparens, då det inte framgår att ett specifikt innehåll krävs.

För det fall förvaltningsrätten anser att innehållet i förfrågningsunderlagets bilaga 7 måste ha ett visst specifikt innehåll så är bolagets anbud likväl kravuppfyllande.

Bolaget har i sitt förslag på redovisning inkluderat uppgifter om kWh. Av bolagets förslag framgår att till fakturan kan fogas en rapport i Excel som visar på förbrukningen i kWh. Det får anses allmänt accepterat att en specificering av det slag som kommunen efterfrågar och som lämnas i en separat fil eller en särskild handling utgör en del av fakturan. Bolagets anbud innehåller därmed den materiella sakliga information som kommunen säger sig eftersträva och det finns därför ingen rättslig grund för att förkasta anbudet. För det fall kommunen anser att det är ett sämre alternativ att lämna information i en separat handling, bifogad del av fakturan, så har kommunen i utvärderingen kunnat åsätta en längre poäng.

Att det finns utrymme att ge information om kWh i en separat fil ger även punkten 6 i förfrågningsunderlaget, [p]rövning av anbud/kundnytta och kundtjänster, stöd för. Även där anges att förslag ska lämnas och då rörande enkel och tydlig fakturahantering. Vidare anges "[e]xempelvis; erbjuds samlade, enkla fakturor...". Således, genom ordet *exempelvis*, tydliggörs att det inte måste vara på det sättet, dvs. en faktura med information i en enda handling.

För det fall förvaltningsrätten anser att den sakliga uppgiften om kWh måste skrivas i den enda tillåtna handlingen *fakturan*, en synnerligen inskränkt tolkning, så är bolagets anbud ändå kravuppfyllande eftersom den sakliga informationen finns med. Det vore under de omständigheterna orimligt att utesluta bolagets anbud och ett direkt brott mot proportionalitetsprincipen.

Det faktum att det finns ett bakomliggande politiskt beslut, till vilket kommunen i målet hänför sig, saknar helt betydelse för frågorna i målet.

Anbudgivarna har inte haft tillgång till dylika handlingar, de utgör inte en del av förfrågningsunderlaget. Innebörden av förfrågningsunderlaget ska enbart avgöras med utgångspunkt i innehållet i själva förfrågningsunderlaget.

Bolaget har offererat ett synnerligen konkurrenskraftigt pris. Närmast oavsett vilken poäng bolaget skulle ha erhållit i kvalitetsdelen så skulle bolaget i förhållande till det vinnande anbud ha tilldelats kontraktet. Det föreligger således i vart fall en risk för skada för bolaget.

Kommunen

Hafslund har inte lämnat samtliga kravställda uppgifter i sitt anbud. Att utvärdera Hafslunds 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 Hafslunds anbud. Det saknas därmed grund för att förordna om ingripande enligt LOU varför Hafslunds ansökan om överprövning ska avslås.

I upphandlingen har kommunen uppställt krav på att anbudsgivarna ska redovisa "[f]örslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor 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 ligga 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. Det har på politisk nivå beslutats om att kommunens

egna vindkraftsproduktion, och kostnaden för denna, ska redovisas just på respektive verksamhets faktura. I syfte att säkerställa att tilldelad anbudsgivare har förmåga att redovisa vindkraftsproduktion i enlighet med detta 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.

Innebörden av kravet är att det av en anbudsgivares förslag 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 mellan anbudsgivarna varför kommunen valt en lösning där förslagen utvärderas och poängsätts. En anbudsgivares förslag måste emellertid åtminstone innehålla den grundläggande efterfrågade informationen för att överhuvudtaget kunna utvärderas. Om anbudet inte innehåller samtlig efterfrågad information ska anbudet förkastas.

Vad Hafslund anför om att det enda obligatoriska kravet är att ett *förslag* ska lämnas är felaktigt. Det är inte möjligt att lämna vilket förslag som helst. Förslaget måste avse redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor. Detta är den miniminivå kommunen ställt upp vad gäller det förslag som ska redovisas. De brister kommunen gör gällande i Hafslunds anbud är att det förslag Hafslund presenterat inte innehåller något förslag på redovisning av kommunens faktiska vindkraftsproduktion *på* förbrukningsfakturor. Att så ska ske framgår uttryckligen av kravets lydelse. Kravet är därmed transparent. Det är inte tillräckligt att redovisa vindkraftsproduktionen på något annat sätt, såsom i en separat Excel-rapport.

Hafslund har i sin anbudsbilaga avseende vindkraftsproduktion endast angett tidsperiod, antal i stycken och kostnad. Dessa uppgifter säger ingenting om huruvida det rör sig om egen vindkraftsproduktion. Uppgifterna

säger inte heller något om vindkraftsproduktionens volym. Vindkraftsproduktion mäts i kWh. Hur den faktiska vindkraftsproduktionen ska redovisas på förbrukningsfaktura kan inte utläsas av Hafslunds fakturaförslag eller av redovisningen i övrigt. Att Hafslund angett att bolaget kan sända in en Excel-rapport som visar förbrukningen per anläggning m.m. saknar betydelse då kommunen efterfrågat ett förslag på hur redovisning sker på förbrukningsfakturan.

För att Hafslund ska uppfylla det nu aktuella kravet hade Hafslund behövt beredas möjlighet att komma in med ett nytt förslag, av vilket hade behövt framgå hur kommunens faktiska vindkraftsproduktion redovisas på förbrukningsfakturer. Hafslunds anbud hade då ändrats i sak. Rättelse, förtydligande eller komplettering hade därmed inte varit möjligt. Det har därför inte heller varit oproportionerligt att förkasta Hafslunds anbud.

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 Hafslund en skrivelse av kommunen varigenom bolaget informerades om att deras anbud inte uppfyllt villkoren i anbudsfrågan och därför förkastas. Orsaken uppgavs

vara att hantering av vindkraftsproduktionen avviker mot förfrågningsunderlaget då ingen beskrivning finns av hur faktisk vindkraftsproduktion kommer att redovisas på förbrukningsfaktura.

Förvaltningsrätten kan konstatera att Hafslund till sitt anbud lämnat en bilaga benämnd ”7.5; Förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion 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, Hafslund genom sin bilaga ” 7.5; Förslag till hantering och redovisning av Kalmar kommuns faktiska vindkraftsproduktion på förbrukningsfakturor samt hantering av Kalmar Vattens kvotplikt för elcertifikat” uppfyllt vad som efterfrågas under den aktuella utvärderingspunkten. Att förslaget skulle lämnas på en förbrukningsfaktura, 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 Hafslunds förslag enligt den angivna värdeskalan. Genom att förkasta Hafslunds anbud, som uppfyller uppställda krav, har kommunen agerat i strid mot reglerna i LOU och principerna om likabehandling och transparens.

Hafslund har anfört att de har offererat ett synnerligen konkurrenskraftigt pris och därför, närmast oavsett vilken poäng bolaget skulle ha erhållit i kvalitetsdelen, skulle ha tilldelats kontraktet framför vinnande anbud, varför det i vart fall föreligger en risk för skada för bolaget. Kommunen har inte invänt häremot. Förvaltningsrätten finner att Hafslund 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 besluta om rättelse. Hafslunds ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Hafslund ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)

Jenny Ulfsdotter
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-post-adress, 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.

