

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

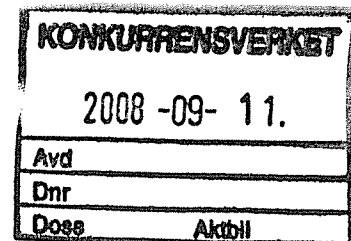
DOM
2008-09-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12561-08
Rotel 552

SÖKANDE

Kraft & Kultur i Sverige AB, 556567-4347
Box 70367
107 24 Stockholm

Ombud: Jur. kand. Alexander Gottsén
Wistrand Advokatbyrå Stockholm KB
Box 7543
103 93 Stockholm



MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 702000-9226
Box 42059
126 13 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Kraft & Kultur i Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens beslut den 13 juni 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 362431

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) har i förfrågningsunderlag den 23 januari 2008 inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende elmäklar-tjänst för perioden den 1 februari 2009 – den 31 januari 2011. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU i dess lydelse före den 1 januari 2008.

HBV har enligt tilldelningsbeslut den 4 juni 2008 meddelat att HBV har för avsikt att ingå avtal med annan leverantör än Kraft & Kultur i Sverige AB.

Kraft & Kultur i Sverige AB har ansökt om överprövning enligt LOU och i samband därmed yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten har den 13 juni 2008 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

YRKANDEN M.M.

Kraft & Kultur i Sverige AB yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Utvärdering av pris (25 %)

I tilldelningsbeslutet har HBV, med i förfrågningsunderlaget angiven hänvisning till förlängd kommersiell sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100), sekretessbelagt såväl vilka anbudsgivare som lämnat anbud som vilka priser dessa lämnat. – I och med att tilldelningsbeslutet saknar uppgifter om lämnade priser kan anbudsgivarna inte kontrollera att HBV gjort en korrekt bedömning och viktning av lämnade priser. – I tilldelningsbeslutets prisutvärdering återfinns något som kallas ”kvot pris”. Uppgifter

om vad detta är återfinns vare sig i förfrågningsunderlaget eller tilldelningsbeslutet.

Utvärdering av erfarenheter av handel enligt clearingkoncept (60 %)

I förfrågningsunderlaget på s. 5 anges att i anbudet redovisas referenser, erfarenheter av handel med clearingkoncept, redogörelse av kompetens och organisation för uppdraget samt redogörelse av redovisningssystem och faktureringsrutin. Det anges inte att en sådan redovisning är ett skall-krav. Det anges inte heller hur en sådan redovisning kommer att bedömas och vad som utgör mervärden för HBV. HBV har poängsatt anbudsgivarnas redovisningar på en skala från 1 till 5, där 1 poäng ges till anbud som inte uppfyller HBV:s kriterier och där 5 poäng ges till anbud som uppfyller HBV:s kriterier med betydande mervärden. Det framgår inte på vilka grunder som de olika anbuden tilldelats den givna poängen. Någon fri prövningsrätt med någon allmänt sammantagen bedömning av det utvärderingskriterium som tillmätts överlägset störst betydelse (60 %) kan inte anses vara en objektiv bedömning som står i överensstämmelse med regelverket. De krav som en upphandlande enhet uppställer och den betydelse som den upphandlande enheten tillmäter dessa krav måste vara proportionerliga. Den upphandlande enheten får inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Kravet ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas. Den betydelse som tillmätts erfarenheter av handel enligt clearingkoncept innebär i praktiken att endast vissa leverantörer kan komma i fråga. Otillräcklig erfarenhet kan, enligt HBV:s utvärderingsmodell, inte uppvägas av lämnat pris eller redovisat kvalitetssäkringssystem. HBV har inte motiverat varför erfarenheter av handel enligt clearingkoncept måste tillmätas den ifrågasättande betydelsen om 60 %. Det kan dessutom ifrågasättas om inte erfarenheter av handel rätteligen borde vara ett kvalificeringskrav och inte ett utvärderingskriterium.

Utvärdering av kvalitetssäkring (15 %)

Enligt förfrågningsunderlaget ska det kvalitetsarbete som bedrivs av anbudsgivaren redovisas. Eventuell ISO-certifiering eller tidsplan för pågående certifieringsarbete ska bifogas. HBV har poängsatt anbudsgivarnas redovisningar på en skala från 1 till 5, där 1 poäng ges till anbud som inte uppfyller HBV:s kriterier och där 5 poäng ges till anbud som uppfyller HBV:s kriterier med betydande mervärden. De framgår inte på vilka grunder som de olika anbuden tilldelats den givna poängen. En anbudsgivare kan t.ex. inte utläsa varför ett anbud tilldelats 5 poäng och ett annat anbud 3 poäng. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att en ”allmänt hållen [kvalitetspolicy] och [som] saknar certifiering” motsvarar en tvåa i betyg. Det borde redan i förfrågningsunderlaget ha angivits vad som ger betyget 5 och vad som ger betyget 1. Poängsättningen förefaller helt godtycklig.

Sammanfattningsvis har HBV åsidosatt kravet på transparens och kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU genom att utvärderingen av anbuden har skett på ett sätt som inte framgår av förfrågningsunderlaget. HBV har inte heller iakttagit proportionalitetsprincipen eller uppfyllt upplysningskraven i 1 kap. 28 § LOU. HBV:s brott mot LOU kommer att medföra skada för bolaget.

HBV bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bland annat följande.

Utvärdering av pris (25 %)

I förfrågningsunderlaget anges mycket tydligt hur utvärdering ska ske. Så har även Kraft & Kultur i Sverige AB uppfattat förfrågningsunderlaget, eftersom bolaget lämnat prisuppgifter på de begärda posterna. Priserna har sedan använts på den omfattning som beskrivs under rubriken Anbudsgivning i förfrågan. Priserna har därefter summerats. Respektive anbuds pris-summa har sedan jämförts med varandra. – Begreppet ”kvot” uppkommer när en division utförs. Genom att dividera summorna erhålls jämförelsetal

mellan anbudena. – Prisdelen viktas sedan till 25 % som angetts i förfrågan. För att den angivna viktningen ska kunna genomföras används en poängberäkning.

Utvärdering av erfarenheter av handel enligt clearingkoncept (60 %)

Utvärderingen innebär en bedömning av hur kraven i förfrågan uppfylls. Om bedömningen uttrycks med ord eller siffror är av underordnad betydelse. Det viktiga är att alla anbud bedöms efter samma mall. Tydligheten i förfrågningsunderlaget är påtaglig och kan inte misstolkas.

Utvärdering av kvalitetssäkring (15 %)

Kraft & Kultur i Sverige AB:s anbud har en kvalitetspolicy. Den är relativt allmänt hållen och saknar certifiering. Det är en tunn beskrivning av kvalitetsarbetet med få mätbara mål. På en femgradig skala motsvarar detta en tvåa. Kraft & Kultur i Sverige AB har uppfattat förfrågningsunderlaget som klart och tydligt. Om någon osäkerhet eller frågor har funnits angående förfrågningsunderlagets innehåll, har uppgift funnits med namn och adress och om vart dessa skulle ställas.

Sammanfattningsvis har HBV inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU på sätt som medfört att Kraft & Kultur i Sverige AB lidit eller kan komma att lida skada. Kraft & Kultur i Sverige AB har, förutom att bolaget saknar erfarenhet av elmäklartjänster, dessutom lagt ett anbudspris som ligger mer än 10 gånger högre än de övriga anbudsgivarnas pris. Kraft & Kultur i Sverige AB har följaktligen hamnat först på sista och femte plats i utvärderingen. Det finns ingen möjlighet för Kraft & Kultur i Sverige AB att genom ett bättre pris kompensera sina brister beträffande de övriga kriterierna som bolaget gjort gällande, varför bolaget aldrig skulle ha kunnat komma i fråga som leverantör av den efterfrågade tjänsten alldeles oavsett eventuell ytterligare precisering av kriterierna. Det har inte framkommit någon omständighet som tyder på att Kraft & Kultur i Sverige AB

inte har kunnat konkurrera på samma sätt som övriga fyra anbudsgivare i upphandlingen. Det föreligger ingen sådan oförutsebarhet som medfört att Kraft & Kultur i Sverige AB inte har kunnat lämna anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget på s. 2 anges följande.

Allmänt

HBV har för avsikt att göra sina elkraftsinköp som clearingkund i den Nordiska Energibörser (nedan kallad Nord Pool).

Syftet med uppdraget är att reducera kostnaderna för energiinköp och administration samt skapa en förutsägbar energikostnad i den löpande verksamheten för anslutna medlemsföretag och dess ägare. Vidare arbetar HBV och medlemsföretagen aktivt med att sänka sin elförbrukning och som i ett led i detta behövs underlag/rapporter för att underlätta detta arbete.

Upphandlingen avser mäklare som kan biträda och företräda HBV vid fysisk och finansiell handel vid Nord Pool samt Svenska kraftnät. Dessutom avser den fakturaadministration bestående av hantering och kontroll av Upphandlarens fakturor i anledning av ovan samt nätfakturor från respektive nätägare m.m.

Upphandlaren har elleveranser på ca 900 GWh för 2007 och 1300 GWh för 2008 samt 1400 GWh för 2009. För närvarande är totalt 145 medlemsföretag och ägare anslutna till HBV:s ca 20 portföljer.

Uppdraget

Mäklaren ska ha totalansvaret för uppdraget. Mäklaren ska därigenom ha ansvaret för att energibehovet tillgodoses och ha balansansvar för anläggningarna enligt 8 kap. 4 § ellagen (1997:857) (nedan kallat balansansvar). Vidare ska mäklaren verka för en flexibel handel med konstant 3-4 års handelshorisont. Krafthandelsstrategins syfte är att prissäkra kraftkostnaden i perioder av stigande priser, för att hindra en kostnadsökning, samt att gå ur tidigare tagna prissäkringar i en fallande marknad för att få möjlighet att sänka HBV:s kraftkostnad.

I förfrågningsunderlaget på s. 5 anges följande.

I anbudet redovisas:

Referenser från minst tre liknande tjänster med motsvarande omfattning och komplexitet. För referenserna ska anges kontaktpersoner, telefonnummer och uppdragens art. Erfarenhet av handel med clearingkoncept. Redogörelse av kompetens och organisation för uppdraget. Redogörelse för redovisningssystem och faktureringsrutin för kraft- och nätverksfakturerings samt kontroll.

I förfrågningsunderlaget på s. 6 anges följande.

Utvärdering

Pris, 25 %

Mäklarprovision, fysisk handel (öre/kwh)
Mäklarprovision, finansiell handel (öre/kwh)
Mäklarprovision, Gröna elcertifikat (öre/kwh)
Mäklararvode, fast finansiell handel (SEK/mån)
Fakturaadministration (samfakturering, elkraft och elnät) (öre/faktura)
Tilläggstjänster (SEK/tim)

Erfarenheter av handel enligt clearingkoncept, 60 %

Metoder och analyser för genomförandet
Organisation och kompetens
Referenser från clearinghandel

Kvalitetssäkring, 15 %

Kvalitetssäkringssystem för att säkerställa efterfrågade tjänst, redovisning samt beställarens möjlighet till insyn och påverkan.

Länsrättens bedömning

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att en upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras af-

färsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Vidare gäller de EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om den upphandlande enheten har åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsyn i 1 kap. 4 § LOU eller någon av de uppräknade EG-rättsliga principerna och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Kraft & Kultur i Sverige AB gör gällande att HBV vid utvärderingen av anbuderna har poängsatt dessa efter en poängskala från 1 till 5 som över huvud taget inte beskrivits i förfrågningsunderlaget. Bolaget menar också att HBV inte heller har angivit vad som utgör mervärden för HBV, det vill säga vilka egenskaper och funktioner hos anbuderna som ger högre poäng.

Det förfrågningsunderlag som HBV har använt sig av uppställer på s. 6 de utvärderingskriterier som gäller för upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget har tydligt angivits vad som ska redovisas i ett anbud samt hur pris, erfarenheter av handel med clearingkoncept och kvalitetssäkring kommer att viktas procentuellt. Även om poängsättningen på en skala från 1 till 5 som kommit att användas vid utvärderingen inte angetts i förfrågningsunderlaget så får uppgifterna om utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget anses vara tillräckligt tydliga och preciserade för att varje leverantör – med utgångspunkt i underlaget – ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Kraft & Kultur i Sverige AB gör även gällande att HBV tillmäter utvärderingskriteriet erfarenheter av handel med clearingkoncept en oproportionerligt stor betydelse och att detta strider mot proportionalitetsprincipen.

När det gäller proportionalitetsprincipen innebär densamma att utvärderingskriterierna, kvalifikationskraven och kraven i uppdragsbeskrivningen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

HBV har i förfrågningsunderlaget angett att HBV har för avsikt att göra sina elkraftsinköp som clearingkund i den Nordiska Energibörsen (Nord Pool) och att upphandlingen avser mäklare som kan biträda och företräda HBV vid fysisk- och finansiell handel vid Nord Pool samt Svenska kraftnät. Mot bakgrund av detta måste HBV:s utvärderingskriterier anses ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Utvärderingskriterierna strider därför inte mot proportionalitetsprincipen.

Länsrätten finner mot bakgrund av det anförda att det inte är visat att HBV har åsidosatt kravet på affärsmässighet i LOU eller någon av de ovan uppräknade EG-rättsliga principerna. Vid sådant förhållande och då det inte heller i övrigt visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU ska Kraft & Kultur i Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1a)


Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Berit Hamrén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

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.

