



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Hannah Ivarsson

DOM
2012-01-25
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
5608-11 E
Enhetschef 2

SÖKANDE

Bergen Energi AB, 556531-0736
Box 14134
167 14 Bromma

Ombud: Advokat Maria Hagberg
Jur. kand. Amanda Starfelt
von Lode advokat ab
Box 47229
100 74 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012-01-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Skövde kommun
541 83 Skövde

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Skövde kommun (kommunen) genomför en upphandling av elmäklartjänster för portföljförvaltning av elavtal. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. I tilldelningsbesked den 2 november 2011 beslutade kommunen att anta annan anbudsgivare än Bergen Energi AB (bolaget), nämligen Telge Krafthandel AB (Telge).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till grund för sin inställning anför bolaget bl.a. följande.

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU. Till följd av detta har bolaget lidit eller i vart fall riskerar att lida skada.

Telges uppfyllelse av skall-kraven

Telge uppfyller inte samtliga kvalificeringskrav. Enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 2.4 skall mäklaren utse en ansvarig förvaltare som har minst fem års erfarenhet av handel på Nordpool samt att mäklaren skall redovisa förvaltarens prestation (portfoliorapport) för de tre största förvaltade portfolierna under perioden 2008 – 2010. Anbudsgivaren skall redovisa sina tre största svenska kunders portföljrapport samt ange personen som förvaltar åt dessa kunder enligt PM 2 daterat den 6 juli 2011. Det aktuella kvalificeringskravet innebär således att den utsedde förvaltaren ska ha förvaltat de tre redovisade portfolierna under perioden 2008 – 2010. Telge har angett Christian Bengtsson som förvaltare av de tre största portfolierna under perioden 2008 – 2010. Enligt uppgift från Telges hemsida har Christian Bengtsson börjat sin anställning på Telge först under 2009. Förfrågningsunderlaget, samt det sätt detta har förtydligats i PM 2, kan rimligen inte tolkas på annat sätt än att det är förvaltaren (d.v.s. personen som det dessutom talas om i PM 2) som ska ha förvaltat portfolierna under 2008 – 2010 och inte mäklaren.

Brister i förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav

Kvalificeringskraven är otillräckligt beskrivna och således oklara till sin innebörd. Under avsnitt 2.4 anges att mäklaren skall ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att genomföra uppdraget samt ska ha ett kvalitetssystem. Vad som mer exakt avses med teknisk förmåga och kapacitet är inte angivet, vilket även gäller vad som i dessa avseende ska anses vara tillräckligt. Det anges inte heller någon beskrivning av vad kvalitetssystemet ska avse. Dessa brister innebär dels att presumtiva anbudsgivare saknar möjlighet att bedöma vad som reellt sett utgör krav, samt hur dessa

krav påvisas. Bristerna medför också att påföljande anbudsutvärdering riskerar att bli närmast godtycklig.

Brister i förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier

Utvärderingen baseras på tre utvärderingskriterier, varav kriteriegrupp 1 avser kompetens, organisation och rutiner. 3.10.3 i förfrågningsunderlaget är behäftat med grundläggande brister. Det anges inte med ett enda ord vad som avses med kompetens, organisation och rutiner. Det anges inte med ett enda ord hur anbudsgivaren ska visa sin kompetens, organisation och rutiner. Det anges inte med ett enda ord hur anbud ska utvärderas såvitt avser kompetens, organisation och rutiner. Eftersom det är oklart vad kommunen ska utvärdera och hur man ska utföra utvärderingen är det omöjligt att skapa sig en uppfattning om vad kommunen har lagt vikt vid i sin bedömning av ovan nämnda utvärderingskriterier. Vid en marginellt lägre poäng avseende kriteriegrupp 1, hade Telges totala poäng i anbudsutvärderingen varit lägre än bolagets, varvid bolaget hade vunnit upphandlingen. Den bristande transparensen har således medfört en godtycklig utvärdering.

Brister vid utvärderingen

Kommunen har felaktigt utvärderat ett kvalificeringskrav. Krav som innefattar en uppgift om förvaltarens erfarenhet, uttryckt i antal år, ska endast ske inom kvalificeringsfasen enligt avsnitt 2.4 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har i utvärderingen av anbuderna gjort en bedömning av respektive förvaltarens erfarenhet som uttryckts av kommunen i antal år. Kommunen har således felaktigt utvärderat ett skall-krav som således endast avser kvalificeringsfasen. Detta strider mot upphandlingslagstiftningen och medför att upphandlingen bör göras om med iakttagande av LOU. På de sista tre sidorna i kommunens anbudssammanställning har kommunen angivit det antal år som respektive förvaltare har arbetat som portföljförvaltare. Detta krav anges endast som ett kvalificeringskrav och ska därmed inte utvärderas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Telges uppfyllelse av skall-kraven

Att Christian Bengtsson har fem års erfarenhet av Nordpool framgår av dennes CV, en handling som tillhandahållits inom ramen för Telges anbud och som kommunen har haft rätt att väga in i den bedömning som har gjorts. Det första skall-kravet är därmed uppfyllt. Vad sedan gäller redovisningen av de tre största portfolierna ska kravet i avsnitt 2.4 i förfrågningsunderlaget läsas tillsammans med förtydligandet i PM 2 av den 6 juli 2011. Kravet är att mäklaren ska redovisa portfoliorapport för de tre största portfolierna under den aktuella perioden. Enligt avsnitt 2.4 är det förvaltarens prestation som ska redovisas. Det ställs inte krav på att det ska vara en viss förvaltare som under hela denna period förvaltat redovisade portfolier. Upphandlande part är mäklaren och inte en enskild förvaltare. Som framgår av förfrågningsunderlaget är det likaså möjligt för mäklaren att efter samråd med kommunen byta ut ansvarig förvaltare. Det står därmed klart att Skövde kommun är intresserad av mäklarens prestationer under de senaste fyra åren.

Brister i förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav

I avsnitt 2.4 anges krav på mäklaren, d.v.s. företaget. Som grundläggande princip skall mäklaren ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att genomföra uppdraget. I avsnitt 2.4 anges sedan de krav som ställs och ska visa på detta. Vad gäller kvalitetssystem, lägger kommunen inte större vikt vid vilket kvalitetssystem som leverantören har bara de har ett. Samtliga leverantörer har också lämnat uppgift om detta på ett godtagbart sätt.

Brister i förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier

Vad gäller kriteriegrupp 1 i avsnitt 3.10.3 har inte bolaget på något sätt missgynnats eller lidit skada i denna del. Bolaget har tilldelats 100 poäng i

varje avseende. Det är svårt för en upphandlande myndighet att t.ex. kunna kräva en viss kompetens eller organisation av leverantörerna med hänsyn till proportionalitetsprincipen och kopplingen till det som upphandlas, samtidigt som det är viktigt för kvalitén på den tjänst som säljs att företaget har tillräcklig organisation etc. för att klara av uppdraget. Det vitsordas att det föreligger en viss otydlighet kring kriteriegrupp 1, men bolaget har fått full pång och har inte lidit skada av detta. Anser förvaltningsrätten att detta utgör en sådan brist att resultatet av upphandlingen inte kan godtas, ska upphandlingen i så fall göras om.

Brister vid utvärderingen

Kommunen har inte bedömt respektive förvaltares erfarenhet i utvärderingsfasen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten har beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt har beslutat att begära in anbud (se prop. 2009/10:180 del 1, s. 310 och prop. 2006/07:128 del 1, s. 447).

Upphandlingen har påbörjats efter den 15 juli 2010. I målet är därför LOU i dess lydelse av den 15 juli 2010 tillämplig.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leveran-

tör, som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandling ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget m.m.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 1 framgår att anbudsgivaren kallas för mäklaren i upphandlingen och att kommunen kallas för köparen.

Enligt avsnitt 2.4 skall mäklaren utse en ansvarig förvaltare som har minst fem års erfarenhet av handel på Nordpool och en ersättare med likvärdig erfarenhet för uppdraget. Byte av ansvarig förvaltare får inte ske utan köparens godkännande. Mäklaren skall redovisa förvaltarens prestation (portfoliorapport) för de tre största förvaltade portfolierna under perioden 2008 – 2010. Mäklaren skall ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att genomföra uppdraget samt ha ett kvalitetssystem.

Enligt avsnitt 3.10 sker anbudsprövningen i tre steg. Uteslutningsfas, kvalificeringsfas och utvärderingsfas.

Avsnitt 3.10.2 avser kvalificeringsfasen, steg 2. Uppfyllelse av ställda krav:

- Att anbud följer krav enligt text under rubrik "Anbudets form och innehåll", se punkt 3.4.
- Att kraven uppfylls enligt text under rubrik "Krav på mäklaren", se punkt 2.4.

Endast mäklare som klarar kvalificeringsfasen går vidare i anbudsprövningen.

Avsnitt 3.10.3 reglerar anbudsutvärderingen, steg 3. Köparen kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till följande rangordnade och viktade kriterier.

1. Mäklarens kompetens, organisation och rutiner – vikt 30 %.
2. Elpris i förvaltarens tre referensportföljer i Sverige under åren 2008-2010 – vikt 30 %.
3. Pris på mäklartjänst – vikt 40 %.

En sammanvägd bedömning av ovan redovisade utvärderingskriteriegrupper för mäklartjänster kommer att göras. Poängskalan omfattar 0 – 100 poäng för varje kriterier. Poängen multipliceras med angivet viktningstal för varje kriteriegrupp.

Betydelsen av de olika kriteriegrupperna är sådan att kriteriegrupp 1 och 2 tillmäts en vikt av 30 %. Kriteriegrupp 3 tillmäts en vikt av 40 %. En kriteriegrupp kan bestå av en eller flera kriterier som har särskild viktning inom kriteriegruppen.

Tre kriterier ingår i kriteriegrupp 1: kompetens, organisation och rutiner. Inom kriteriegruppen har kompetens vikten 50 %, organisation vikten 30 % och rutiner vikten 20 %.

Den anbudsgivare som har bäst kompetens, organisation och rutiner erhåller 100 poäng. En fristående anbudsgivare som inte ägs av elproducenter anses ha en neutral och något bättre organisation än elproducentägda anbudsgivare. Övriga anbud erhåller en lägre poäng som blir följden av den procentuella skillnaden gentemot den anbudsgivare som har bäst kompetens, organisation och rutiner. Den uppnådda poängen i varje anbud multipliceras med vikten 30 %. Anbud med den bästa kompetensen, organisationen och rutinerna erhåller följaktligen 30 viktade poäng.

PM 2 daterat den 6 juli 2011 gäller komplettering av förfrågningsunderlaget. En presumtiv anbudsgivare har ställt följande fråga. Punkt 2.4 Krav på mäklaren s. 5 och 3.10.3, Anbudsutvärdering steg 3 s. 8 och Utvärderingsmetod kriteriegrupp 2 s. 9. Här ska man ange portföljpresentation för tre portföljer för åren 2008 – 2010. Dock är kraven olika på de tre olika styckena.

- 2.4 Krav på mäklaren, s. 5: förvaltarens prestation
- 3.10.3 Anbudsutvärdering steg 3, s. 8: Förvaltarens prestation i Sverige
- Utvärderingsmetod kriteriegrupp 2, s. 9: Anbudsgivarens tre största kunders portföljer.

Frågeställaren har begärt att kommunen återkommer med förtydligande på vad man ska ta fram för portföljpresentation. Kommunen har med anledning av detta svarat att anbudsgivaren skall redovisa sina tre största kunders portföljförvaltning, samt ange personen som förvaltar åt dessa kunder.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan

och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Telges uppfyllelse av skall-kraven

I upphandlingsförfarandet ingår en kvalificeringsfas med så kallade skallkrav och en utvärderingsfas. De anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, skall-kraven, ska inte beaktas vid utvärderingen. Genom PM 2 har det klarlagts att anbudsgivaren ska presentera sina tre största kundernas portföljrapport och personen som förvaltar dessa. Såsom kompletteringen har utformats framgår det inte att det är skallkrav att angiven förvaltare ska ha förvaltat portfolierna under hela perioden 2008 – 2010. Telge uppfyller således det aktuella skallkravet. Någon grund för åtgärd enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del finns därför inte.

Brister i förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav

Samtliga tre anbudsgivare har gått vidare till utvärderingsfasen. Det har inte framkommit annat än att kvalificeringen har skett på ett godtagbart sätt. Någon grund för åtgärd enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del finns därför inte.

Brister i förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier

Potentiella anbudsgivare ska, innan de utformar sina anbud, underrättas om de upphandlingskriterier som anbuderna måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillämnas – under förutsättning att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade bl.a. följande. Ett

förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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.

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Det framgår av förfrågningsunderlaget vilken viktning som kommer att ske av kriteriegrupp 1 gentemot de andra kriteriegrupperna samt hur viktningen kommer att ske inom gruppen. De framgår att fristående anbudsgivare som inte ägs av elproducenter har en neutral och något bättre organisation än elproducentägda anbudsgivare och att anbudet med bäst kompetens, organisation och rutiner kommer att få högst poäng. Det framgår däremot inte närmare vad som inbegrips i begreppen organisation, kompetens och rutiner. Trots detta är inte förfrågningsunderlaget samt de poängsättningskriterier som har fastställts i upphandlingen så oprecist utformade att potentiella anbudsgivare saknat möjlighet att avge anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske. Någon grund för åtgärd enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del finns därför inte.

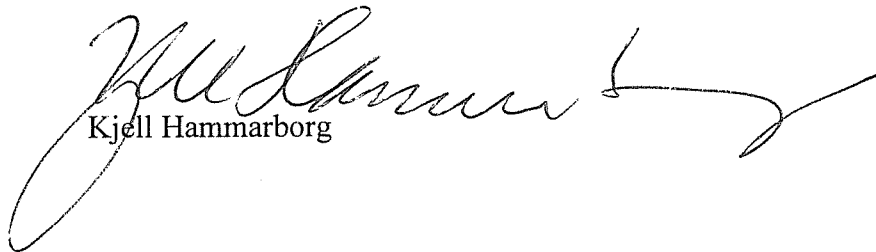
Brister vid utvärderingen

Kommunen har anfört att man inte har bedömt respektive förvaltares erfarenhet i utvärderingsfasen. Utredningen i målet motsäger inte detta. Någon

grund för åtgärd enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del finns därför inte.

Sammanfattningsvis finns inte grund för åtgärd enligt LOU och ansökan ska därför avslås.

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



Kjell Hammarborg