



KLAGANDE

E.ON Försäljning Sverige AB, 556014-5889

Ombud: Maria Lidbom
Advokatfirman LA Partners AB
Box 487
201 24 Malmö

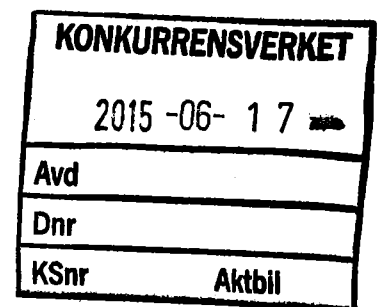
MOTPARTER

1. Ängelholms kommun
2. AB Ängelholmslokaler
3. Örkelljunga kommun
4. Osby kommun
5. Fjärrvärme i Osby AB
6. Osbybostäder AB
7. Trelleborgs kommun
8. AB Malmöregionens Avlopp
9. Östra Göinge kommun
10. Östra Göinge kommuns Industrifastighets AB
11. Östra Göinge Renhållnings AB
12. Bostads AB Klockaren
13. Simrishamns kommun
14. Skurups kommun
15. Skurups Elverk AB
16. Landskrona kommun
17. AB Landskronahem
18. Landskrona-Svalövs Renhållnings AB
19. Landskrona Kraft AB
20. Rederi Ventrafiken AB
21. Klippans kommun
22. Småindustrilokaler i Klippan AB

Ombud för 1-22:
Jur.kand. Christina Nilsson
Ängelholms kommun
Kommunledningskontoret
262 80 Ängelholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 16 december 2014 i mål nr
9293-9314-14, se bilaga A



The following table shows the results of the experiment. The first column is the number of trials, the second column is the number of correct responses, and the third column is the percentage of correct responses.

Number of trials	Number of correct responses	Percentage of correct responses
10	8	80%
20	15	75%
30	22	73%
40	28	70%
50	35	70%
60	42	70%
70	48	69%
80	55	69%
90	62	69%
100	68	68%

Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

SAKEN
Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

E.ON Försäljning Sverige AB yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom en ny utvärdering av samtliga inkomna anbud i upphandlingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. *E.ON* anför följande.

Uppfyllelse av ska-krav

Telge Kraft AB har i sitt anbud angett prispåslag/rabatt utan avgifter. *Energi Försäljning Sverige AB* har på samma sätt som *E.ON* angett prispåslag/rabatt med avgifter. Eftersom anbudsgivarna har uppfattat förfrågningsunderlaget på olika sätt har kommunerna för att kunna jämföra anbuden begärt in förtydliganden om vad som ingår i deras prispåslag. Begäran om förtydligande har dock sett olika ut för olika anbudsgivare. Det framgår av förfrågningsunderlaget samt Frågor och svar att avgifterna ska ingå i prispåslagen. Anbudet från *Telge* saknade prisuppgifter som behövdes för att prisjämförelse skulle kunna ske. Anbudet skulle rätteligen ha förkastats.

Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

I andra hand har förfrågningsunderlaget inte varit tydligt avseende om och i så fall vilka avgifter som ska ingå i det prispåslag som värderas. Detta har lett till att bolaget har lidit skada då det inte kunnat utforma sitt anbud på ett så konkurrenskraftigt sätt som möjligt.

Kommunerna har dessutom tillåtit Telge att ange prispåslag med fyra decimaler i stället för tre som angavs i förfrågningsunderlaget punkten 6.1. Inte någonstans i prisutvärderingsbilagan finns det utrymme för att ange några till prispåslaget tillkommande avgifter, vilket visar att sådana avgifter avsågs ingå i prispåslaget. Avgifterna utgör en relativt stor del av det totalpris som ska utvärderas. Tilldelningsgrunden är lägsta pris och anbuden ligger på tre decimaler mycket nära varandra. Telges anbud uppfyller inte ska-kraven och ska därför uteslutas.

Förfrågningsunderlag, komplettering och utvärdering

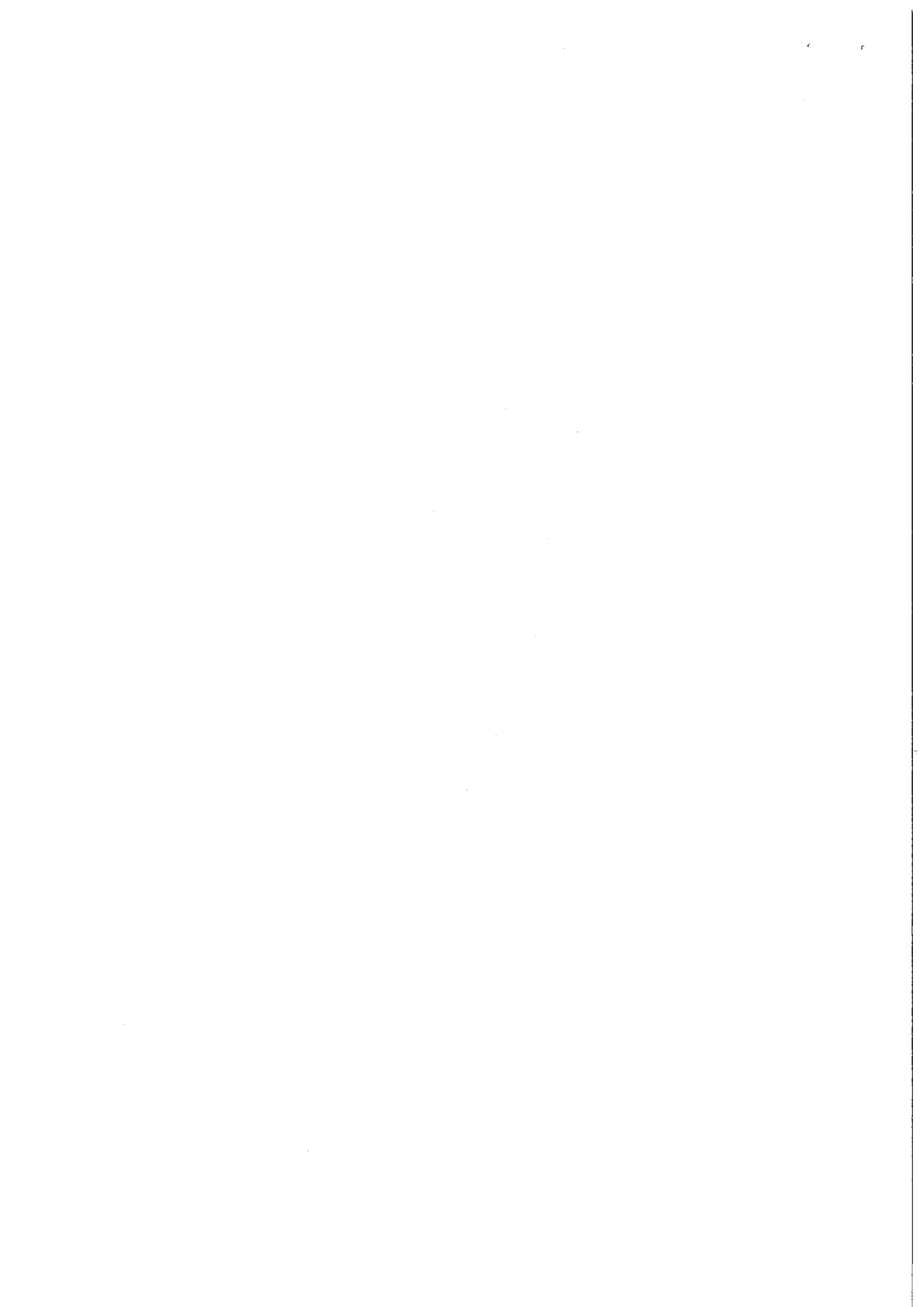
Om kammarrätten anser att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att avgifterna ska ingå i prispåslagen har det i vart fall inte varit tydligt att prispåslagen skulle anges utan avgifter. Det framgår av de frågor som ställts att kommunerna redan under anbudstiden uppmärksammats på den otydligheten. Om avgifterna var avsedda att räknas in i prispåslagen är det också oklart om det var avgifternas storlek vid tidpunkten för anbudslämnandet eller en senare tidpunkt som skulle användas. Redan den omständigheten att kommunerna tvingades att begära in förtydliganden från alla anbudsgivare för att kunna nollställa anbuden visar att förfrågningsunderlaget var otydligt. Anbudsgivarna har inte heller kunnat lämna jämförbara anbud. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot principerna om lika-behandling och transparens och bryter därmed mot bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Otydligheten

Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

förelåg redan i det konkurrensuppsökande skedet och har påverkat anbuds-
givningen. Upphandlingen ska därför göras om.

Det kan ifrågasättas om det är förenligt med LOU att upphandlande
myndighet vid begäran om förtydligande inför en nollställning begär in
olika uppgifter och på olika sätt av anbudsgivarna. Eftersom för-
tydligandena inte har begärts in på samma sätt har kommunernas noll-
ställning inte fungerat. E.ON har inte som Telge fått en förfrågan om att
förtydliga storleken på de avgifter som ingår i prispåslaget. Endast om
avgifterna inte ingick skulle E.ON specificera avgifterna. Om frågorna
stälts på samma sätt till anbudsgivarna hade kommunerna sett att E.ON:s
anbud använt sig av den nya högre förbrukningsavgiften och att anbudet
därför inte var jämförbara. Anbudsgivarna har behandlats olika, vilket är ett
brott mot likabehandlingsprincipen. Det gäller särskilt som den efterfrågade
informationen saknades eller redovisades bristfälligt i förfrågningsunder-
laget. Kommunerna gör gällande att det är självklart vilka avgifter som
tillkommer eftersom dessa fastställts av Svenska Kraftnät, men i så fall hade
uppgiften inte behövt hämtas in från Telge.

Det går inte att jämställa avgifter för elhandel med t.ex. registerutdrag från
Bolagsverket när det är just priset och avgifterna som utvärderats i
upphandlingen. Åtgärden kan inte anses utgöra ett förtydligande eller
komplettering av lämnat anbud eftersom förändringen de facto innebär en
förändring av förfrågningsunderlaget. Förändringen är sådan att den kan
påverka utvärderingen av de lämnade anbudet och den är därför väsentlig
(jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 19 november 2008 i mål nr
7405-08). Uppgifterna fanns inte i Telges ursprungliga anbud. Begäran är
inte transparent och inte likabehandlande. Den nollställning som skett har



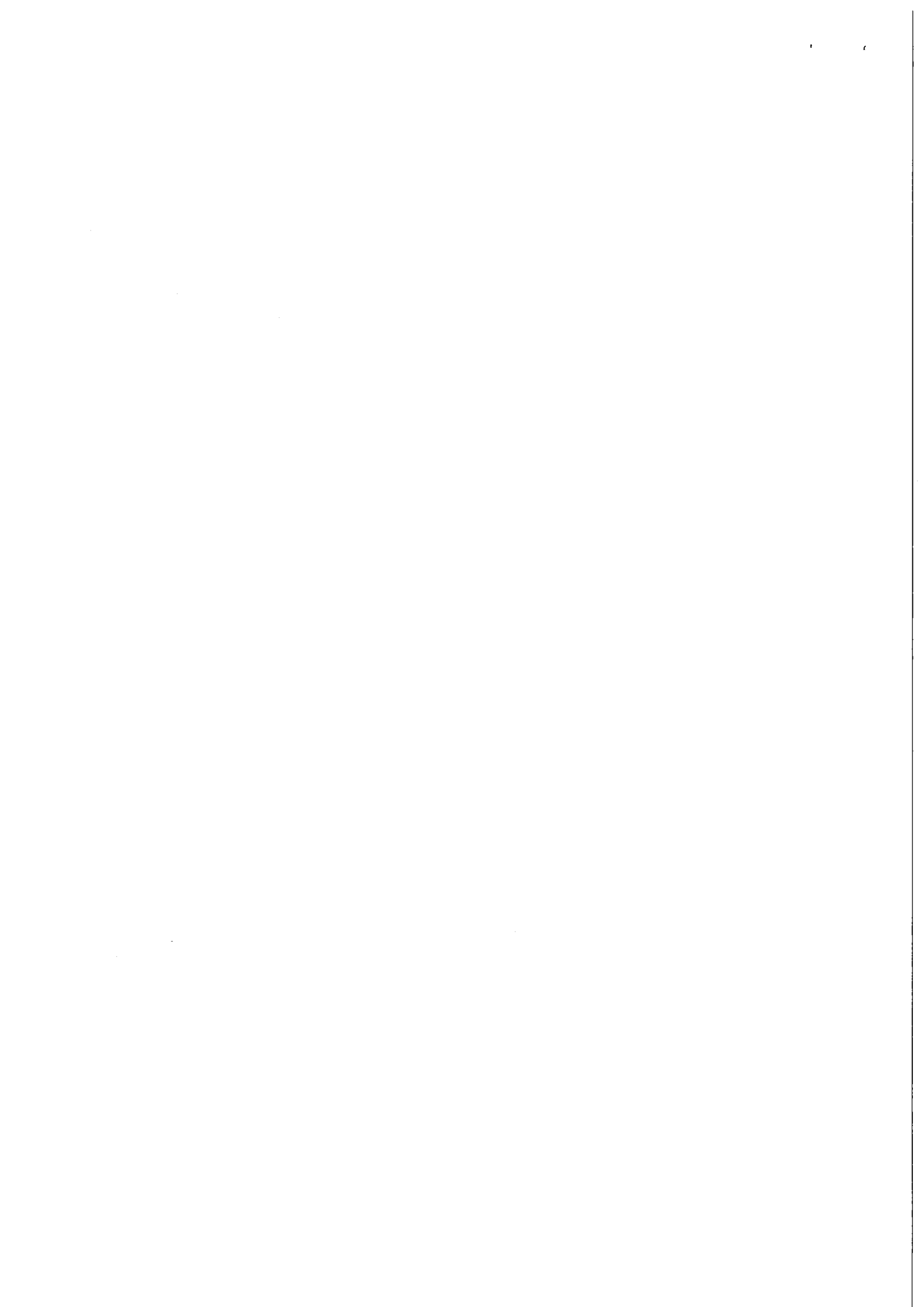
Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

inte varit planerad, inte förutsebar för anbudsgivarna och har på det sätt den genomförts inte lett till ett jämförbart resultat. Det är enligt LOU inte heller tillåtet att begära in komplettering av uppgifter som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Anbuden har inte varit jämförbara vare sig före eller efter kompletteringen. Avgifterna är samma för alla anbudsgivare, men skiljer sig åt vid olika tidpunkter. Vid tidpunkten för anbudslämmandet var det känt och offentliggjort att förbrukningsavgiften från och med den 1 augusti 2014 skulle uppgå till 0,0028 kr per kWh. E.ON räknade i anbudet med en förbrukningsavgift om 0,0028 kr per kWh medan Telge har uppgett 0,002 kr per kWh. Telge har därför fått en otillbörlig fördel jämfört med övriga anbudsgivare. E.ON:s och Telges anbud skulle med samma avgiftsnivå vid en jämförelse ha hamnat på samma anbuds nivå. Tilldelning av kontrakt hade då fått ske efter lottning. Då förfrågningsunderlaget inte anger om avgifter alls ska ingå i prispåslaget och saknar uppgift om hur förbrukningsavgiften ska anges om den ska ingå i prispåslaget, innebär det att man brustit i transparens. Denna brist går inte att läka i efterhand. Vidare framgår det av e-postmeddelandet om komplettering att kommunerna tolkat Telges anbudspriser i stället för att använda sig av den avsedda prisutvärderingsbilagan. Utvärderingen strider därför mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om lika-behandling och transparens och bryter därmed mot bestämmelserna i LOU.

Invändningen mot E.ON:s anbud

Kommunerna har inte ens prövat om E.ON:s anbud uppfyller ska-kraven inom ramen för upphandlingen. En ordning där en upphandlande myndighet kan avstå från att pröva kravuppfyllnaden för att i en senare domstols-prövning åberopa brister i densamma leder till en rättsosäkerhet som inte är



Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

förenlig med gällande rätt och framför allt inte med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det är olämpligt att använda begränsad kontroll i enlighet med 11 kap. när endast tre anbud har kommit in. Det har inte varit uppenbart vilket anbud i upphandlingen som haft lägst pris. Att i en sådan situation medvetet avstå från att kontrollera samtliga tre inkomna anbud är inte förenligt med LOU.

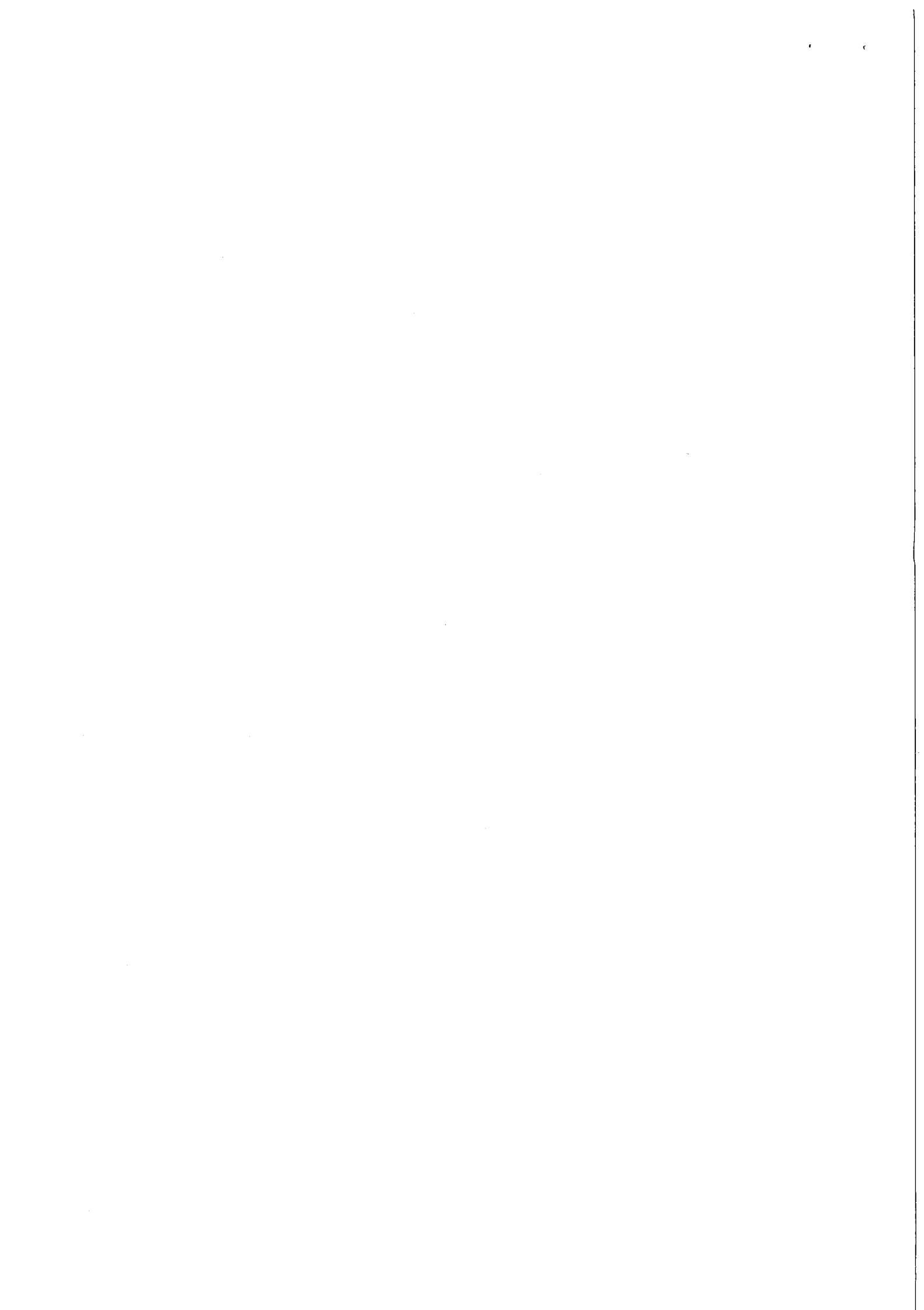
Påståendet om E.ON:s bristande kravuppfyllnad är en efterhandskonstruktion och är inte proportionerligt i förhållande till det som upphandlas, eftersom något leverantörsbyte inte kommer att äga rum om E.ON tilldelas kontraktet.

Skada

Bristerna och otydligheterna i förfrågningsunderlaget med avseende på skakraven för prisangivelser har påverkat anbudsgivningen och utfallet i upphandlingen. Om det hade framgått av förfrågningsunderlaget att prispåslagen skulle anges utan avgifter hade E.ON haft samma möjlighet som Telge att lämna ett konkurrenskraftigt anbud utan avgifter.

Upphandlingen har inte genomförts på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlagets oförutsägbarhet har medfört att det har varit svårt att veta hur ett anbud ska vara utformat för att motsvara det prispåslag som efterfrågas och vara konkurrenskraftigt.

Om kommunerna hade använt samma förbrukningsavgift för alla anbud uppgående till antingen 0,002 per kWh eller 0,0028 kr per kWh vid prisjämförelsen skulle även E.ON fått ett prispåslag om 0,015 kr per kWh. Anbudsgivarna skulle då ha fått samma prispåslag och lottning skulle



Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

tillämpats, varvid E.ON skulle fått möjlighet att tilldelas kontraktet. E.ON har därför lidit eller riskerar att lida skada med anledning av de fel som begåtts.

Ängelholms kommun m.fl. kommuner anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

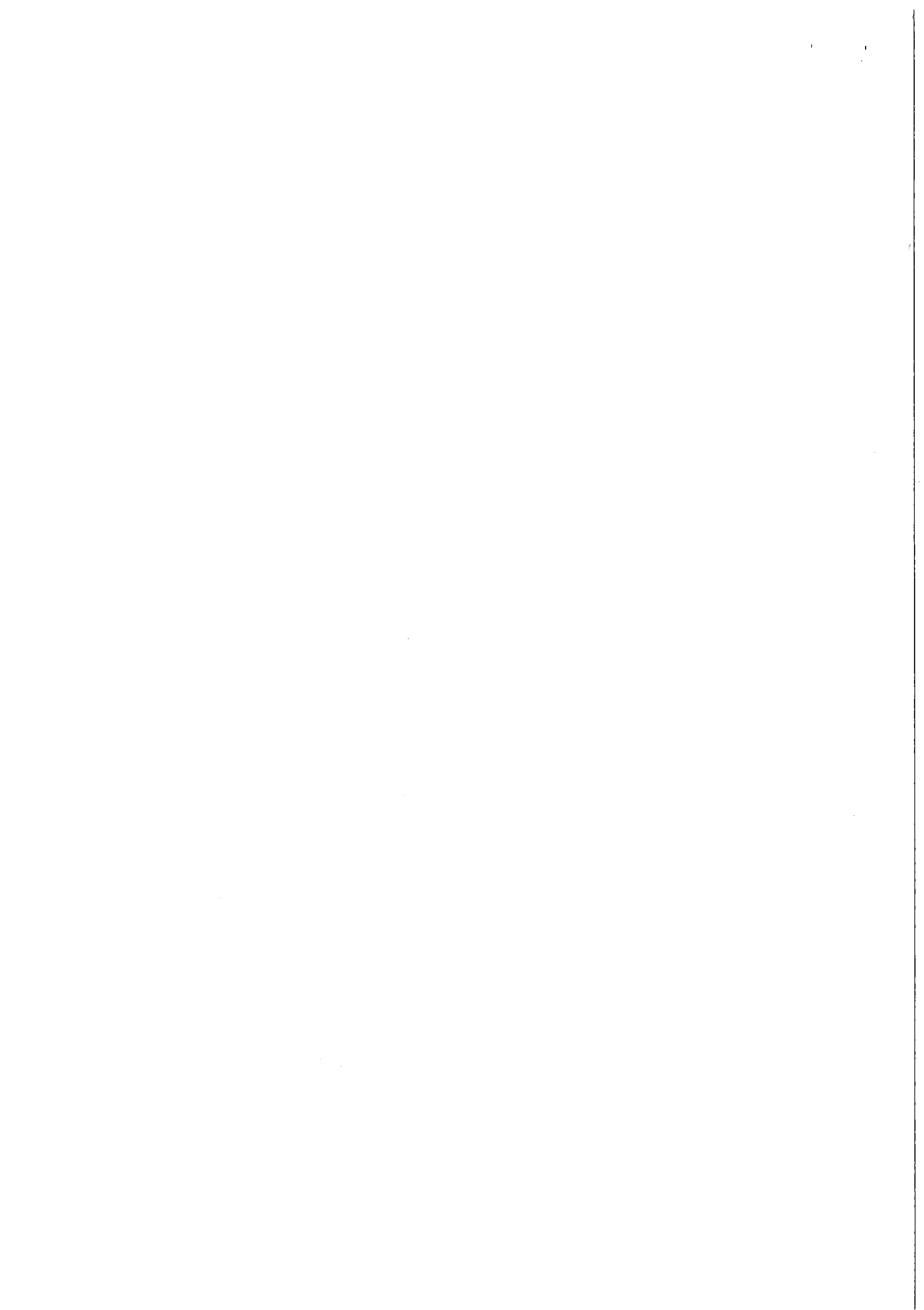
Uppfyllelse av ska-krav

Förfrågningsunderlaget anger inte något om att offererade påslag ska inkludera skatter och avgifter. Telge har därmed inte lämnat några felaktiga priser. Telge har i anbudet tydligt angett vilka avgifter som ska läggas till det offererade påslaget och har offererat sitt påslag i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlag, komplettering och utvärdering

En objektiv nollställning av anbuderna var möjlig utan särbehandling av anbudsgivarna eftersom de avgifter som Telge tydligt har angett skulle tillkomma har varit kända och lika för alla. De fastställs av andra, bl.a. Svenska Kraftnät. Efter begärda förtydliganden har anbuderna gått att jämföra med varandra.

Den förbrukningsavgift E.ON har hänvisat till uppgick vid tidpunkten för utvärderingen till 0,002 kr per kWh. För tydlighetens och likabehandlingens skull ställdes kontrollfrågor till alla tre anbudsgivarna, där storleken på avgifterna efterfrågades. Svar inkom från samtliga vilket gjorde att en korrekt nollställning och jämförelse kunde göras. Då Telge angett att avgifterna inte ingick ställdes frågan något annorlunda till Telge om hur



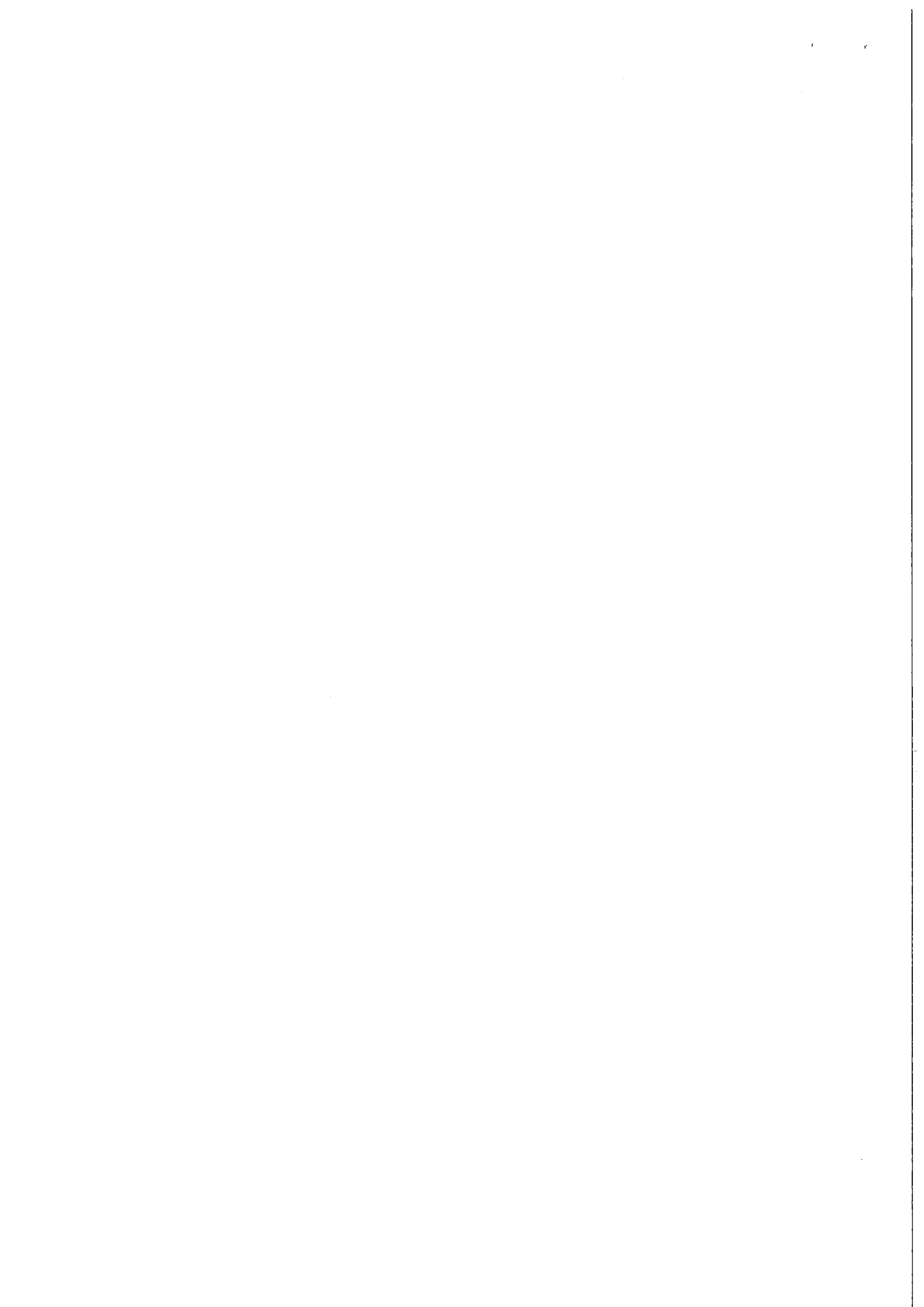
Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

stora avgifterna var. Det skedde som en kontroll så att inga missförstånd skulle uppstå.

Frågan till Energi Sverige och till E.ON fick formuleras något annorlunda men hade samma syfte. Till båda ställdes uttryckligen frågan om storleken på avgifterna formulerad enligt följande. ”För att vi ska kunna nollställa anbud behöver vi veta om följande nedan listade avgifter ingår i de av er angivna påslagen. Vi behöver också veta hur stora dessa avgifter är uttryckta i kr/kWh.” Energi Sverige angav i sitt svar att förbrukningsavgiften uppgår till 0,002 kr per kWh och även de har använt de avgiftsnivåer som gällde vid anbudstillfället.

Även E.ON har fått frågan om hur stora avgifterna är men de var otydliga i sitt svar. Kommunerna har då utgått från att E.ON har använt de avgiftsnivåer som gällde vid tidpunkten för anbudsinlämnandet, eftersom det inte finns någon anbudsgivare som självmant anger ett högre pris än nödvändigt och då övriga angav den avgiftsnivån. Att prisjustering för höjning av skatter eller avgifter kunde ske under avtalstiden angavs tydligt i de kommersiella villkoren. Att nu påstå att man skulle ha använt sig av en avgiftsnivå som börjar gälla först en och en halv månad efter sista anbudsdag är en efterhandskonstruktion. Det är avgiften vid anbudstillfället som ska ligga till grund för beräkningarna. Även Telge och Energi Sverige är av samma uppfattning. Alla tre anbudsgivarna har fått samma frågeställning och nollställning har skett på lika villkor, vilket innebär att likabehandlingsprincipen iakttagits.

Brister i det konkurrensuppsökande skedet föreligger inte enbart för att anbudspriser har kunnat lämnas på olika sätt, om kraven som ställts i



Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

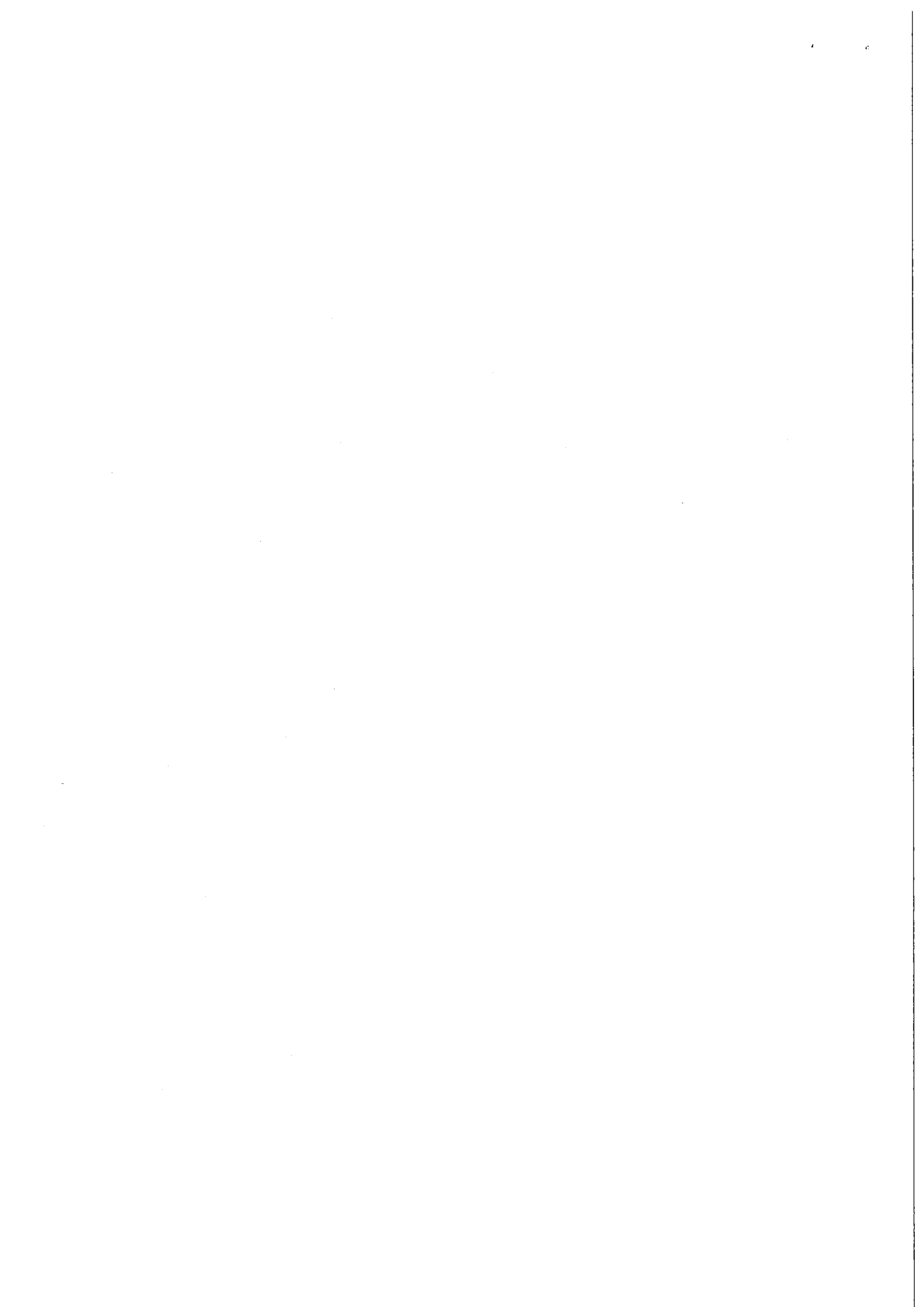
förfrågningsunderlaget uppfylls. Mindre otydligheter som inte äventyrar utvärderingen eller leder till att anbudsgivare lider skada eller kan komma att lida skada får accepteras, jfr RÅ 2002 ref. 50.

Skada/Invändningen mot E.ON:s anbud

För att ett ingripande ska kunna ske ska den klagande leverantören ha lidit eller kunna komma att lida skada. Då E.ON inte uppfyllt kraven i kravspecifikationen kan E.ON inte lida skada av påstådda brister i en senare del av utvärderingen, nämligen den som har med tilldelning av kontrakt att göra.

Det hade varit intressant att kontrollera E.ON:s uppfyllnad av ska-kraven enbart om E.ON hade kunnat komma i fråga för kontrakt. Det är helt klart vilka uppgifter som efterfrågades om kvalitetssäkring och organisation för kvalitetssäkring vid leverantörsbytesprocessen. E.ON har besvarat frågan hur leverantörsbytesprocessen kan kvalitetssäkras, men inte med vilken organisation det ska ske. E.ON:s anbud uppfyller inte kravspecifikationen. Det skulle inte vara möjligt att begära en komplettering i den delen utan risk för särbehandling. Uppgifterna kan inte anses vara allmänt kända och eller möjliga att kontrolleras från oberoende organ.

I tilldelningsbeslutet behöver endast skälen för tilldelning anges. Däremot ska upphandlande myndighet lämna upplysningar om en leverantörs anbud om leverantören begär det, se 9 kap. 9 och 10 §§ LOU. E.ON har per telefon upplysts om sitt anbud. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att bortse från ska-krav bara för att E.ON är befintlig leverantör.



SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Invändningen mot E.ON:s anbud

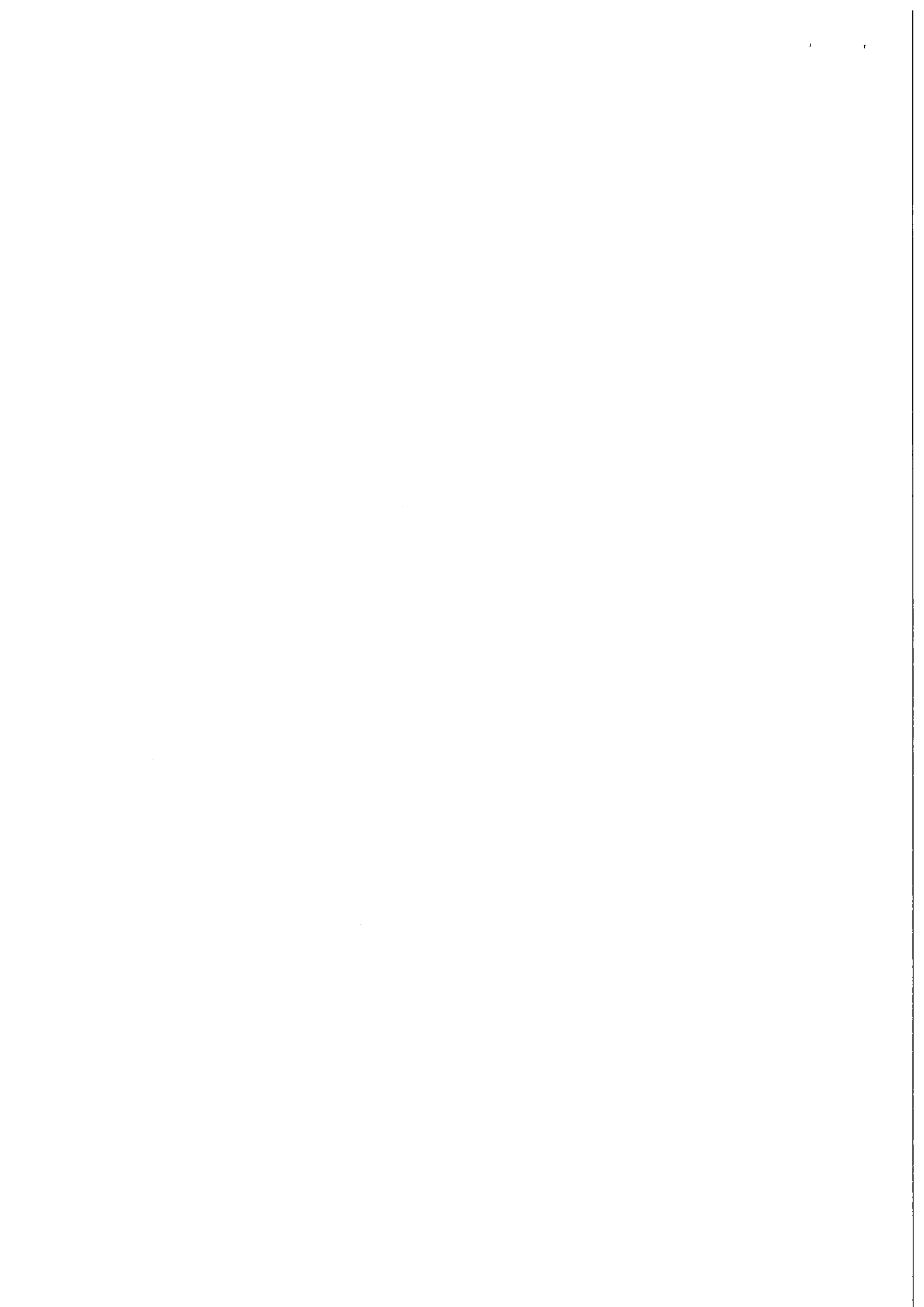
Upphandlande myndighet ska enligt bestämmelserna i 11 kap. 1 § LOU innan kontraktet tilldelas kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§ (jfr C-91/87 Beentjes, p. 15). Kammarrätten kan inledningsvis konstatera att kommunerna inte har uteslutit E.ON:s anbud på grund av bristande kravuppfyllelse.

E.ON:s talan i målen avser frågorna om förfrågningsunderlaget varit så otydligt att det brister i transparens, om utvärderingen genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU samt om Telges anbud uppfyller samtliga ska-krav. Invändningen från kommunerna att E.ON:s anbud inte uppfyller samtliga ska-krav rör en annan fråga än den som väckts genom E.ON:s ansökan om överprövning och är därför en annan sak än den som är föremål för prövning genom E.ON:s talan. Invändningen kan därför inte prövas i de här målen.

Förfrågningsunderlag, komplettering och utvärdering

Kommunerna har anfört att förfrågningsunderlaget inte anger att efterfrågade prisuppgifter ska inkludera avgifter.

E.ON har å sin sida gjort gällande att förfrågningsunderlaget i vart fall har kunnat uppfattas så att avgifter skulle ingå i prispåslaget och att kommunerna redan av de frågor som ställts under anbudstiden uppmärksammats på att förfrågningsunderlaget inte varit tydligt i fråga om vad som ska ingå i det prispåslag som ska anges och utvärderas.



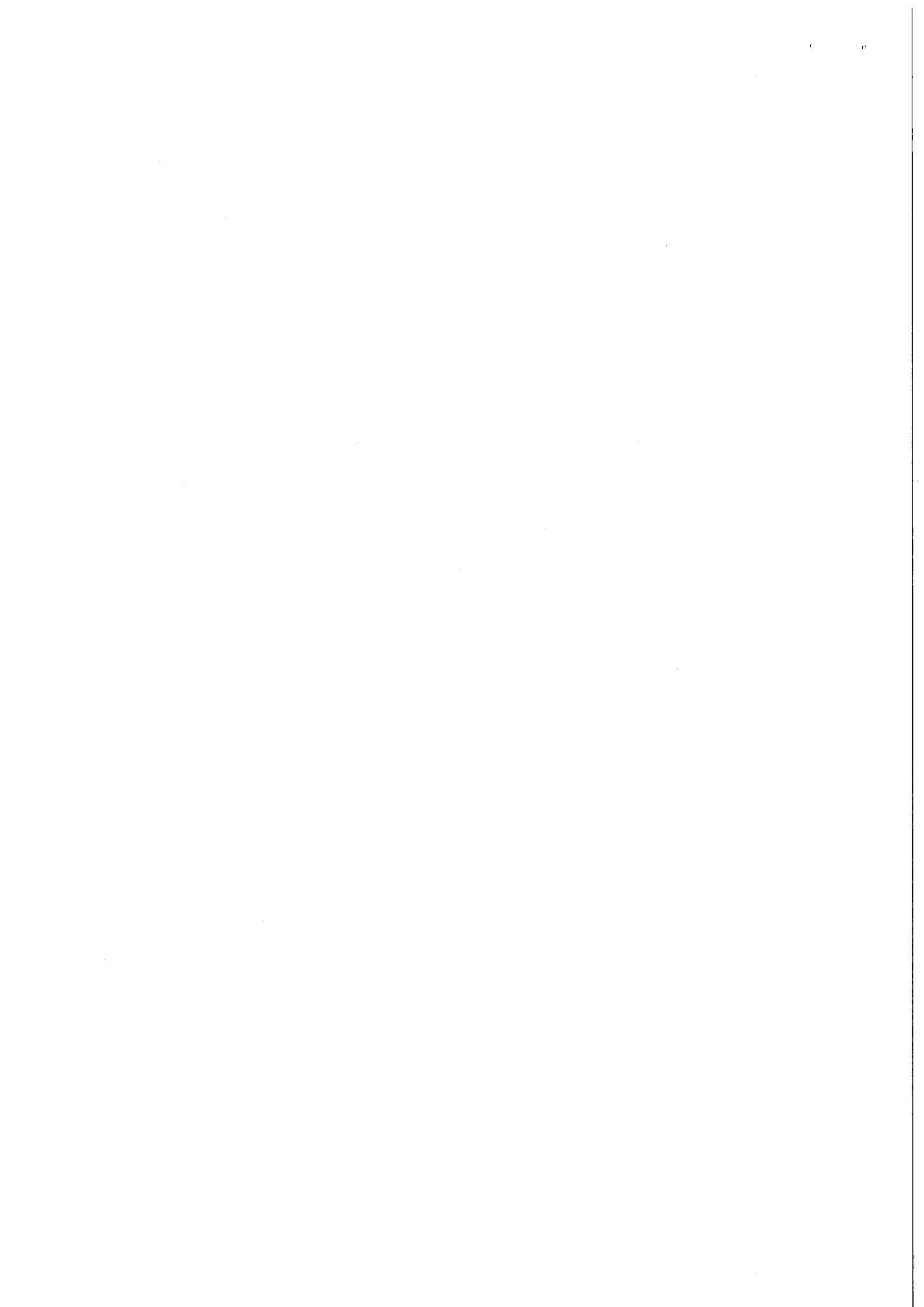
Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

Av förfrågningsunderlaget framgår inte närmare hur priset ska anges, dvs. om prispåslag/rabatter ska anges med eller utan avgifter. Vidare kan det inte läsas ut om avgifter, om dessa skulle ingå, skulle prissättas utifrån gällande pris vid anbudslämnandet eller om de skulle anges med gällande belopp under avtalstiden. Även om förfrågningsunderlaget inte är helt tydligt i den delen framgår det inte att det varit ett ska-krav att prisuppgiften skulle inkludera tillkommande avgifter.

Av de inkomna anbuden har Telge med föreskrivna tre decimaler uppgett ett prispåslag/rabatt till en summa om 0,007 SEK/kWh, medan E.ON och Energi Sverige angett ett prispåslag/rabatt till en summa om 0,016 kr/kWh. Av Telges bilaga till anbudet benämnd prisbilaga – tillägg till anbudets bilaga 2, framgår att avgifter för balanskraft, förbrukningsavgift, effekt-reserv, handelsavgifter från Nord Pool och Nasdaq OMX, elcertifikat, energiskatt och moms inte ingår i angivet påslag/rabatt.

Kommunerna har med anledning av de inkomna anbuden via e-post-meddelanden till anbudsgivarna begärt kompletterande uppgifter i syfte att kunna jämföra anbuden. De olika förfrågningarna har ställts utifrån förutsättningarna i respektive anbud. Av samtliga meddelanden framgår dock att syftet är att nollställa anbuden. I samtliga meddelanden har avgifternas storlek efterfrågats.

Telge anmodades i begäran om komplettering att ange storleken på uppräknade avgifter. I e-postmeddelandet till E.ON ställdes frågan enligt följande. "För att vi ska kunna nollställa anbud behöver vi veta om följande nedan listade avgifter ingår i de av er angivna påslagen. Om inte alla ingår, ange vilka som ingår i era påslag. Vi behöver också veta hur stora dessa

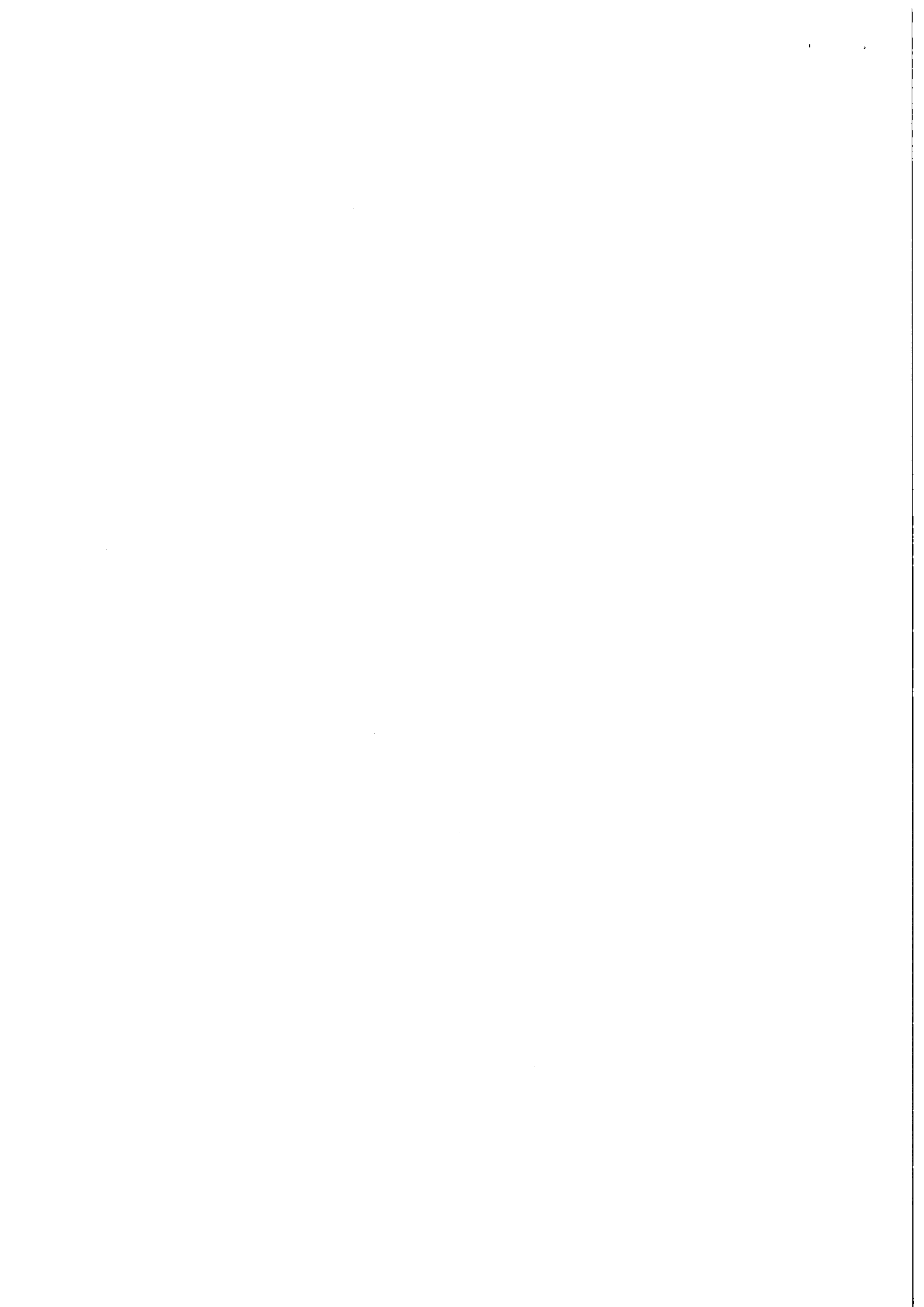


Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

avgifter är uttryckta i kr/kWh”. De efterfrågade avgifterna var avgifter till Svenska Kraftnät gällande balanskraft, förbrukningsavgift och effektreserv samt handelsavgifter från Nord Pool och Nasdaq OMX, elcertifikat och energiskatt. Meddelandet till Energi Sverige var utformat på motsvarande sätt. Meddelandena kan inte rimligen läsas på något annat sätt än att det är avgifternas storlek som ska uppges.

E.ON lämnade, till skillnad från Telge och Energi Sverige, inte någon uppgift om avgifternas storlek, utan uppgav enbart att samtliga uppräknade kostnader angivits i anbudets påslag/rabatt utom elcertifikat och energiskatt. Energi Sverige uppgav att förbrukningsavgiften ingick i anbudets prispåslag/rabatt till den nivå som gällde vid anbudstillfället, dvs. 0,002 SEK/kWh. Telge uppgav att då gällande förbrukningsavgift uppgick till 0,002 SEK/kWh och att den skulle komma att uppgå till 0,0028 SEK/kWh från och med den 1 augusti 2014.

En upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 § andra stycket LOU). Med förtydliga eller precisera menas att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet, medan komplettera avser att komma in med kompletterande uppgifter som tidigare inte har varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt (se t.ex. Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i EU-domstolens mål nr C-87/94).



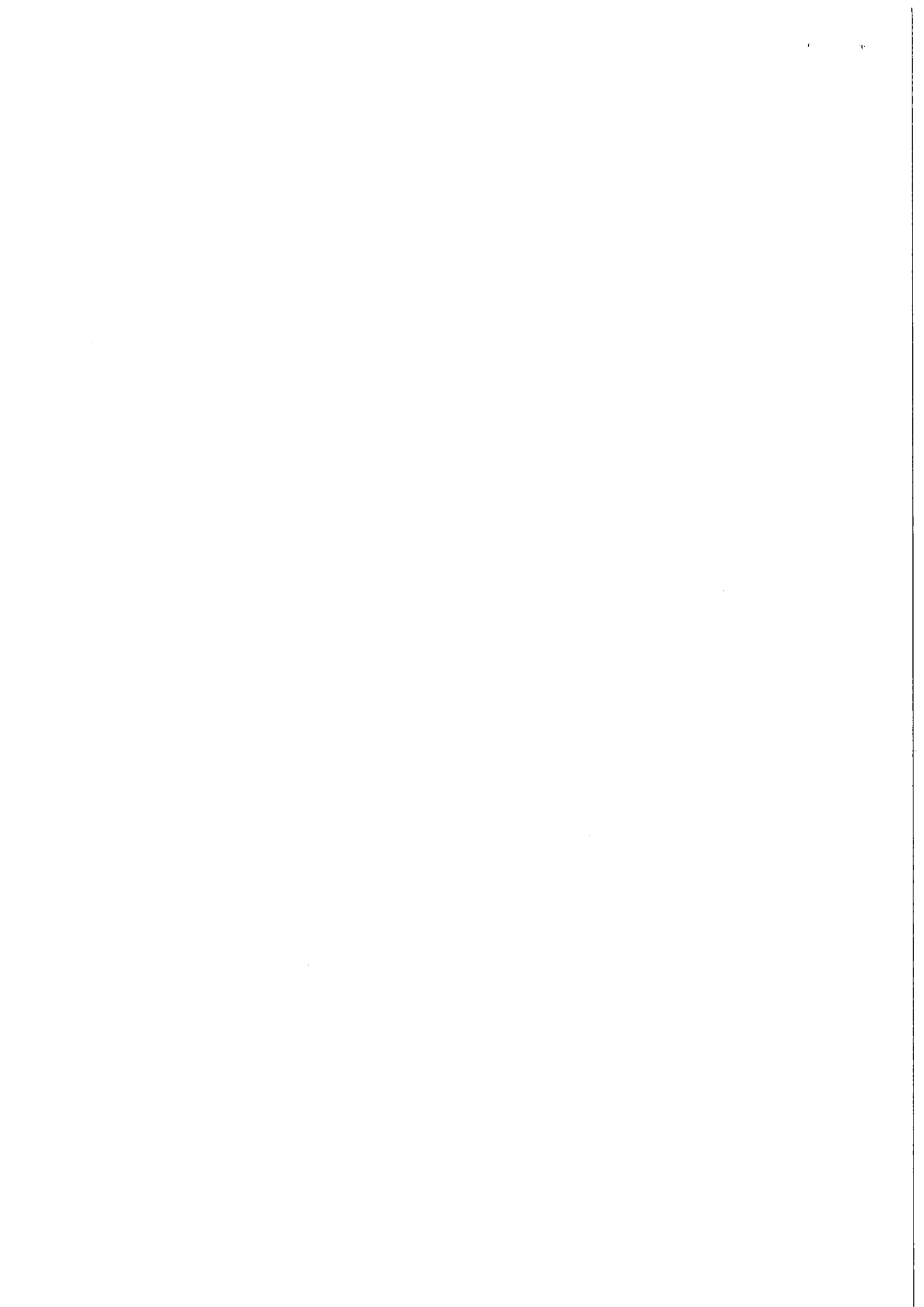
Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

Endast i undantagsfall torde det vara möjligt att läka en otydlighet i förfrågningsunderlaget genom en begäran om komplettering. I detta fall avsåg begäran uppgifter om storleken på de avgifter som fastställs av utomstående organ. Avgifterna är lika för alla och är också möjliga att kontrollera. Kompletteringen skulle därmed inte kunna påverka den konkurrensutsatta delen av anbudspriset. Telge hade redan klart uppgett att avgifterna inte ingick i anbudets prispåslag/rabatt. Anbudet har inte förändrats i sak genom de inhämtade kompletterande uppgifterna.

Utredningen visar att avsikten med begärda förtydliganden varit att med dessa uppgifter få jämförbara prispåslag/rabatter. Detta har också angetts i e-postmeddelanden till samtliga anbudsgivare. En komplettering har därmed varit möjlig utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den omständigheten att meddelandena inte varit fullt ut likalydande förändrar inte den bedömningen, eftersom det klart framgår att syftet varit att utifrån de förutsättningar som funnits i de tre olika anbudet nollställa resultatet.

Kommunerna lade i anbudet från Telge till de avgifter som gällde vid tidpunkten för anbudsgivningen till prispåslagen. Samtliga anbud inkluderade därmed avgifter. E.ON har under överprövningsprocessen gjort gällande att anbudet ändå inte är jämförbara eftersom E.ON har utgått från en högre förbrukningsavgift, som var beslutad men skulle träda i kraft vid en senare tidpunkt.

Det är den sökande leverantören som ska visa att det finns förutsättningar för ett ingripande i upphandlingen (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är möjligt, men inte klarlagt, att E.ON vid beräkningen av prispåslag/rabatt till skillnad från övriga anbudsgivare har beaktat en högre förbrukningsavgift än vad den



Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

som gällde vid tidpunkten för anbudens inlämnande. Kommunerna hade utformat begäran om komplettering på ett sätt som skulle göra en jämförelse av anbuden möjlig, men E.ON valde att utelämna uppgifter om avgifternas storlek i sitt svar. Genom att E.ON lämnade ett ofullständigt svar får den tveksamhet som uppstått falla tillbaka på E.ON, som därmed inte visat att det finns skäl till ingripande på den grunden.

E.ON har därutöver hävdad att kommunerna utvärderat endast Telges anbud och inte de övriga anbudgivarnas. I och med att kommunerna i förfrågningsunderlaget bestämt att kontraktet skulle tilldelas det anbud som innehöll det lägsta priset, kan inte heller den invändningen medföra ett ingripande.

Slutsats

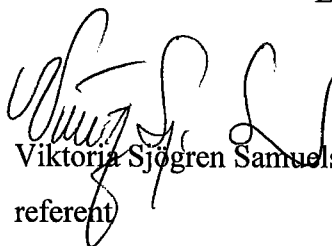
Sammanfattningsvis bedömer kammarrätten att förfrågningsunderlaget innehåller vissa otydligheter rörande efterfrågat pris, men att kommunerna genom kompletterande information ändå haft förutsättningar att jämföra anbuderna och utvärdera dem utan att de principer som bär upp gemenskapsrätten och LOU trätts för när. Upphandlingen får därmed anses uppfylla de krav som ställs i författningsbestämmelser och i praxis. Det betyder att något ingripande mot upphandlingen inte ska ske.

Mål nr
6787-14
6789-6791-14
6793-14
6795-6796-14
6798-6799-14
6801-6813-14

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

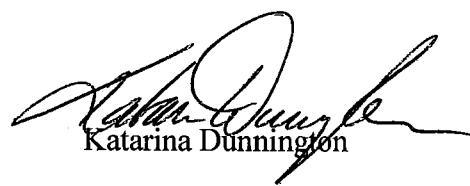


Ewa Hagard Linander

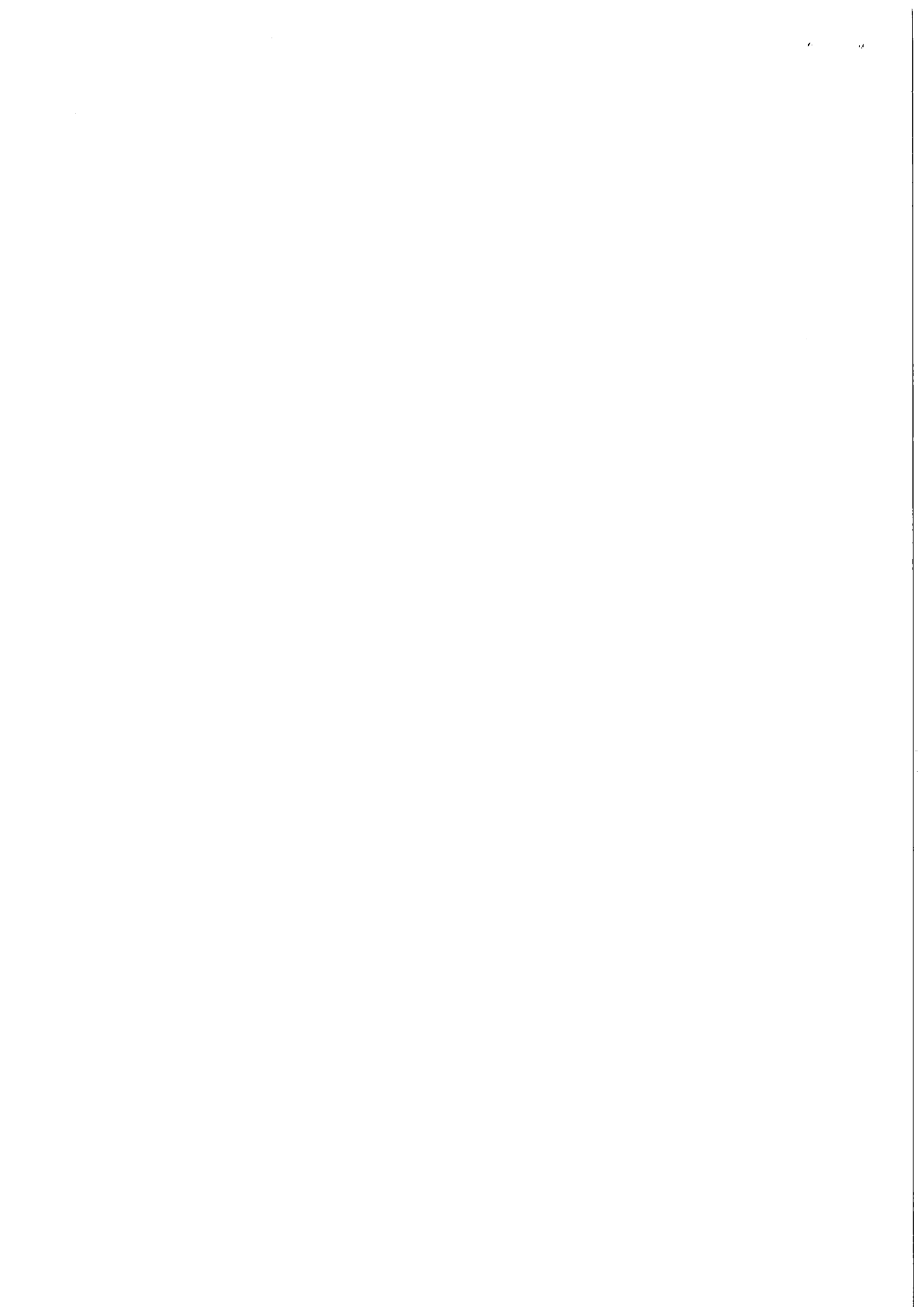


Viktoria Sjogren Samuelsson

referent



Katarina Dunnington





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2014-12-16
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

1

Mål nr
9293—9314-14

SÖKANDE

E.ON Försäljning Sverige AB, 556014-5889
205 09 Malmö

Ombud: bolagsjuristen Maria Lidbom
Adress som ovan

MOTPARTER

1-22. Se bilaga 1

Ombud för 2-22:
Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår E.ON Försäljning Sverige AB:s ansökan om in-
gripande enligt LOU.

BAKGRUND

Kommunerna och bolagen (nedan kommunerna), se bilaga 1, genomför en samordnad upphandling av el 2014. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Telge Kraft AB (Telge Kraft) tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

E.ON Försäljning Sverige AB (E.ON) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av Telge Krafts anbud. I andra hand yrkas att en ny utvärdering genomförs av samtliga inkomna anbud och i tredje hand yrkas att upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anför E.ON bl.a. följande.

Uppfyllelse av skall-krav

I punkt 6 i förfrågningsunderlaget anges följande:

Pris för konventionell el ska anges som påslag/rabatt i SEK/kWh. Påslaget/rabatten ska vara fast under hela avtalstiden. Ange pris med tre decimaler, t.ex. 0,123 SEK/kWh.

Pris för el producerad av vattenkraft respektive vindkraft ska anges i SEK/kWh. Påslag/rabatt som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten. Det är alltså inte det tillkommande påslaget/rabatten som ska anges.

Påslaget/rabatten ska vara fast under hela avtalstiden. Ange pris med tre decimaler, t.ex. 0,123 SEK/kWh. Angiven fördelning är ett antagande och ska ej ses som en utfästelse från de ingående enheternas sida.

Prispåslag ska anges i de gula rutorna. Anges ingen siffra tolkas detta som att påslaget är 0 SEK. Antagen leverantör kan ej justera dess uppgifter i efterhand.

Hamnar flera anbud på samma nivå kommer kommunen att tillämpa lottning.

OBSERVERA ATT BILAGAN SKA SKICKAS IN TILLSAMMANS MED ANBUDET

Kommunerna har skickat ut kompletterande information till anbudsgivarna i vilken man har förtydligat skall-kravet i punkt 6, med innebörd att det prispåslag som anges ska omfatta hela prispåslaget. E.ON hänvisar till kommunernas svar på fråga 1 "leverantören har balansansvar och *detta ingår* naturligtvis i det påslag/rabatt som erbjuds" och svar på fråga 3 med innebörd att skatter och avgifter *ska ingå* i prispåslaget/rabatten.

Den omständigheten att avgifter ska ingå i påslaget framgår med tydlighet av förfrågningsunderlaget, av den kompletterande informationen (svar 3) och av kommunernas utvärdering. Påslaget ska däremot inte inkludera skatter. Telge Kraft har i sitt ursprungligen inlämnade anbud inte angett ett prispåslag som omfattar hela prispåslaget. Telge Kraft har i sitt anbud angett sitt prispåslag dels i den bilaga som nämns i förfrågningsunderlaget, *bilaga 2 Prisutvärdering* och dels i bilaga *Prisbilaga – Tillägg till anbudets bilaga 2*. Vid en genomgång av anbudet kan vid en jämförelse med de skall-krav som uppställts i punkt 6 följande avvikelser konstateras:

- Utöver det prispåslag som angetts i den därför avsedda prisbilagan tillkommer till Telge Krafts pris ytterligare påslag i form av avgift för balanskraft, förbrukningsavgift, effektreserv, handelsavgifter, elcertifikat, energiskatt och moms. Telge Kraft har i anbudet inte talat om vad dessa påslag uppgår till. Anbudet har, i strid med vad som anges i punkt 6 i förfrågningsunderlaget, inte omfattat "Påslag/rabatt som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten".
- Telge Kraft har i bilagan *Prisbilaga – Tillägg till anbudets bilaga 2*, dvs. på annat ställe än på anvisad blanketts gula rutor, gjort reservation för tillkommande kostnader och avgifter, vilket är i strid med såväl skall-kravet avseende att prispåslag ska anges i de gula rutorna som skall-kravet att prispåslaget ska omfatta hela prispåslaget.
- Telge Kraft har i samma bilaga angett prispåslag med fyra decimaler. Offerrade priser har således försetts med fyra decimaler, vilket är i strid med skall-kravet att pris ska anges med tre decimaler.

Redan den omständigheten att prisuppgiften i det anbud som ursprungligen ingavs av Telge Kraft inte omfattade hela påslaget gör att anbudet inte har uppfyllt det i punkt 6 föreskrivna skall-kravet. Det prispåslag som Telge Kraft ursprungligen angav i sitt anbud uppgick till 0,007 kr per kWh. Det

prispåslag som utvärderades uppgick emellertid till 0,015 kr per kWh. Telge Krafts anbud har därför inte uppfyllt det aktuella skall-kravet. Skall-kravet avseende vad prispåslaget ska omfatta är av mycket väsentlig karaktär för anbudsgivandet. Skall-kravet har varit vägledande och också helt avgörande för de priser som övriga anbudsgivare lämnat i upphandlingen. Skall-kravet är utan tvekan det krav som har störst betydelse för utvärderingen. I en upphandling med tilldelningsgrunden lägst pris är det naturligtvis mycket viktigt att det pris som ska anges efterfrågas på ett klart och tydligt sätt. Av förfrågningsunderlaget följer uttryckligen att *hela* prispåslaget är det pris som ska anges och utvärderas. Kravet har således varit klart och tydligt formulerat. Kravet har dessutom åtföljts av en särskild blankett i vilken prispåslaget ska anges i de gula rutorna. Telge Krafts anbud har inte uppfyllt det aktuella skall-kravet och anbudet skulle därför rätteligen ha förkastats.

Otillåten komplettering

Efter att anbudet inlämnats begärde kommunerna in ett förtydligande avseende de i Telge Krafts anbud angivna anbudspriserna. Av begäran om förtydligande kan utläsas att kommunerna behövde ha in uppgifter om avgifternas storlek för att man skulle kunna "nollställa" anbudet. Det synes således vara så att inte ens kommunerna vid en genomgång av anbudet kan ha ansett att anbudet från Telge Kraft i den form det ingetts uppfyllde det skall-krav som ställts avseende att prispåslaget skulle omfatta hela påslaget. Anbudet från Telge Kraft var i inlämnad form helt enkelt inte jämförbart med övriga inkomna anbud. Ur Telge Krafts svar på kommunernas begäran om förtydligande kan utläsas att till de priser som angivits i den därför anvisade blanketten tillkommer:

Avgifter till Svenska Kraftnät gällande

- a) Balanskraft – kostnad för obalans 0,0045 SEK/kWh
- b) Förbrukningsavgift – fn.0,002 SEK/kWh. From 2014-08-01, 0,0028 SEK/kWh

- c) Effektereserv – fn. 0,00675 SEK/kWh under perioden 16 november tom 15 mars höglasttimmar vard 06-22.

Vidare tillkommer avgifter för

- Handelsavgifter från Nord Pool samt Nasdaq OMX 0,0002 SEK/kWh
- Elcertifikat. Kostnaden för certifikaten tillkommer. Kostnaden för hanteringen ingår.
- Energiskatt, fn 0,293 SEK/kWh

Av e-post från Telge Kraft framgår även att "Utslaget på hela volymen hamnar effektereserven på "ca" 0,0014 SEK/kWh".

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det strider mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att komplettera med uppgifter som erfordras för att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Eftersom Telge Krafts anbud inte uppfyllde skallkraven har begäran om förtydligande direkt kommit att gynna Telge Kraft i förhållande till övriga anbudsgivare. Telge Kraft har särbehandlats och konkurrensen har begränsats.

I begäran om förtydligande skriver kommunerna att utvärdering skulle ske genom s.k. "nollställning". En uppgift som inte framgått av förfrågningsunderlaget. Tvärtom har det tydligt framgått av såväl förfrågningsunderlaget som frågor och svar att alla avgifter och skatter ska ingå i prispåslaget. Att alla avgifter skulle ingå i det offererade prispåslaget var således en väsentlig förutsättning för anbudsgivning och prissättning. Den uppgift som kommunerna begärt in har avsett prisuppgifter som saknats i anbudet och som direkt påverkat innehållet. Oavsett om uppgiften om avgifternas storlek går att inhämta hos Svenska Kraftnät är det fråga om en uppgift som har påverkat innehållet i anbudet. Genom att begära förtydligande från Telge Kraft och dessutom acceptera nya tillkommande kostnader och av-

gifter som direkt påverkat Telge Krafts prispåslag har kommunerna förfarit i strid med likabehandlings- och transparensprincipen.

Förfrågningsunderlaget, i synnerhet vad gäller utvärderingskriterierna i punkt 6, är utifrån den tillämpning som kommunerna valt inte tillräckligt transparent och förutsebart. Tillämpningen är snarare direkt i strid med hur skall-kraven i punkt 6 har formulerats. I förfrågningsunderlaget har det inte funnits något som helst utrymme för tilläggsavgifter, utan hela prispåslaget skulle anges. Genom att Telge Kraft tillåtits att i efterhand lägga till kostnader och avgifter har anbudet inte blivit jämförbara. Den nollställning som företagets kan således omöjligt betraktas som förenlig med LOU. Bristerna vid nollställningen och utvärderingen har fått mycket stort genomslag i utvärderingen och lett till felaktigt resultat. Att frånga de skallkrav som man uppställt avseende prispåslag för att i stället tillåta ett annat sätt är inte förenligt med LOU. Att på detta sätt hjälpa en anbudsgivare att få fram ett med övriga anbud jämförbart pris är inte transparent och inte heller likabehandlande. Det har inte någonstans angetts att tillkommande avgifter inte behöver ingå i prispåslaget och för det fall att anbudsgivarna vill kan de välja att inte ange vad dessa avgifter uppgår till.

Skall-kravet anger att anbudsgivarna ska ange påslag som omfattar hela påslaget. Telge Krafts anbud innehöll inte denna specifika information vid tidpunkten för inlämnandet, då man endast angivit prispåslag utan tillkommande avgifter. Telge Kraft har senare fått komplettera med uppgifter om vilka kostnader och avgifter som inte omfattas av prispåslaget samt vad dessa uppgick eller uppskattades uppgå till. Denna komplettering innebär att anbudet blev ett annat än det som ursprungligen gavs in. Telge Kraft har, i strid med skall-kravet i förfrågningsunderlaget, tillåtits att inkomma med helt nya prisuppgifter. Prisuppgifterna har dessutom varit uppdelade i poster på ett sätt som inte var tillåtet i förfrågningsunderlaget. Något helt prispåslag har aldrig lämnats in från Telge Kraft. Kommunernas begäran

om förtydligande innebär därmed risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det rör sig därför om en otillåten komplettering. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av det aktuella anbudet från Telge Kraft.

Utvärderingen

I utvärderingsprotokollet har kommunerna, i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget, brutit ner och specificerat de olika kostnader och avgifter som i Telge Krafts anbud utgör tillägg till det i anbudet ursprungligen angivna prispåslaget. Sedan kommunerna fått in Telge Krafts nya prisuppgifter har man upprättat ett utvärderingsprotokoll där man, utifrån Telge Krafts tilläggskostnader, har fört in rubriker med underpriser för att därefter föra in de priser som Telge Kraft (otillåtet) kompletterat sitt anbud med. Detta har sannolikt skett för att anbudena annars inte hade kunnat jämföras med varandra. Vid en jämförelse av de priser som Telge Kraft lagt till i sin komplettering, vilka i vissa fall anges med fyra decimaler och i andra fall med tre decimaler, kan konstateras att kommunerna innan sammanräkningen avrundat Telge Krafts nya priser till tre decimaler. Balanskraft har avrundats från 0,0045 kr per kWh till 0,005 kr per kWh, förbrukningsavgift har avrundats från 0,0028 kr per kWh till 0,002 kr per kWh, effektkostnad har avrundats från 0,0014 kr per kWh till 0,001 kr per kWh och handelsavgifter har avrundats från 0,0002 kr per kWh till 0,000 kr per kWh. En handelsavgift på 0,0002 kr per kWh är en avgift som slutligen kommer att påföras kommunerna. Genom att Telge Kraft tillåts avrunda denna avgift till 0 kr, vilket inte övriga anbudsgivare fått, har anbudena behandlats olika. Avrundningen från 0,0028 kr per kWh till 0,002 kr per kWh avseende förbrukningsavgift är felaktig. En mer korrekt avrundning borde ha varit att avrunda till 0,003 kr per kWh. Alternativt har kommunerna utvärderat priset 0,002 kr per kWh (vilket i kompletteringen uppges gälla för *närvarande*) i stället för priset 0,0028 kr per kWh (vilket i kompletteringen

anges gälla fr.o.m 2014-08-01). Av punkten 6 i förfrågningsunderlaget framgår att prispåslaget ska vara fast under hela avtalstiden. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att det är den avgift som gäller vid anbuds-tillfället som ska användas. Förfrågningsunderlaget är otydligt i denna del. Denna otydlighet har haft direkt betydelse för det pris som E.ON angett i sitt anbud. Det pris som ska ligga till grund för beräkningen av förbrukningsavgift är således det som kommer att gälla under avtalstiden, dvs. 0,0028 kr per kWh. Redan detta fel ger vid handen att Telge Krafts totala prispåslag i det kompletterade anbudet rätteligen skulle ha varit 0,016 kr per kWh och inte 0,015 kr per kWh. Med denna enda korrigering skulle Telge Krafts anbud inte längre ha lägst pris. Avrundningen har lett till att kommunerna vid utvärderingen använt sig av felaktiga priser och att beräkningarna inte blivit konsekventa eller korrekta. Den tillämpade metoden för avrundning och summering har fått direkt betydelse för utfallet. För det fall kommunerna hade använt sig av fyra decimaler skulle Telge Krafts prispåslag ha blivit 0,0161 kr per kWh, E.ON:s prispåslag 0,0157 kr per kWh och Energi Försäljning Sverige AB:s prispåslag 0,0160 kr per kWh. Samtliga anbuds påslag skulle med tre decimaler ha hamnat på 0,016 kr per kWh. Med fyra decimaler skulle E.ON haft lägst pris. Med tre decimaler hade alla tre anbudsgivare hamnat på samma plats. Kommunerna har genomfört en felaktig prisutvärdering. Anbudsgivarna ska kunna utgå ifrån att kommunerna genomför utvärderingen på det i förfrågningsunderlaget redovisade tillvägagångssättet. Kommunerna har genomfört utvärderingen på ett sätt som väsentligen avviker från vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen ska därför rättas på så vis att utvärderingen görs om.

Otydligt förfrågningsunderlag

Eftersom förfrågningsunderlaget uppenbarligen uppfattats helt olika av Telge Kraft och övriga anbudsgivare har kommunerna inte kunnat göra en

korrekt prisjämförelse. Anbuderna har inte varit jämförbara. Utformningen av förfrågningsunderlaget har därför med stor sannolikhet medfört att kommunerna inte kunnat säkerställa att anbudet med lägst pris kunde antas. Det framgår inte med tillräcklig tydlighet hur prispåslaget ska anges och vilka kostnader och avgifter som ska omfattas. Det framgår inte heller att det skulle vara möjligt att i anbudet bryta ner kostnader och avgifter i olika poster. Det har således förelegat brister i förutsebarhet. Om kommunerna väljer att tillämpa förfrågningsunderlaget på ett annat sätt, dvs. att prispåslaget inte alls behöver anges som ett helt prispåslag i de gula rutorna, har förfrågningsunderlaget varit otydligt. För det fall det varit kommunernas avsikt att prispåslag skulle anges exklusive tillkommande avgifter borde kommunerna också ha angett detta i förfrågningsunderlaget. Inte någonstans anges att det är myndigheten som ska beräkna vilket prispåslag respektive anbudsgivare offererat. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse hur prisutvärderingen ska gå till. Förfrågningsunderlaget är därför inte tillräckligt tydligt. Otydligheterna har påverkat såväl anbudsgivarnas utformning av anbuderna som utfallet i upphandlingen. Upphandlingen ska därför göras om.

Kontroll av E.ON:s anbud

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörerna som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. E.ON har inte uteslutits enligt 10 kap. LOU. Kommunerna har inte kontrollerat lämpligheten av E.ON:s anbud. Begränsad kontroll enligt 11 kap. 17 § LOU ger inte kommunerna rätt att avstå från att kontrollera lämpligheten av vissa anbud. Kommunernas sätt att genomföra upphandlingen är således inte förenligt med 11 kap. 1 § LOU. Det har lett till att E.ON lidit skada i upphandlingen. Ett förfarande där man tittat på E.ON:s anbud "översiktligt" är inte förenligt med vare sig LOU eller förfrågningsunderlaget. Telge Kraft

är den ende av tre anbudsgivare som bjudits in för genomgång av anbudet. Anbudet har följaktligen inte behandlats lika. Kommunerna har använt bestämmelsen om begränsad kontroll på ett sätt som inte föreskrivs.

E.ON:s anbud - kravuppfyllelse

Eftersom någon utvärdering av E.ON:s anbud inte skett är kommunernas påstående om att E.ON:s anbud, för det fall anbudet hade genomgått kontroll av kravuppfyllelse, inte skulle uppfylla kraven inte något som kan föranleda prövning inom ramen för detta mål. Förevarande mål har uppkommit genom ansökningen från E.ON, vars anbud inte utvärderats med avseende på skall-krav. Eftersom saken i målet inte omfattar i vad mån E.ON:s anbud uppfyller samtliga skall-krav kan det som kommunerna anfört i detta avseende inte föranleda någon prövning. Vad gäller E.ON:s beskrivning av leverantörsbyte har förfrågningsunderlaget inte föreskrivit någon skyldighet för anbudsgivarna att redan vid anbudets inlämnande inkomma med sådan bilaga över organisation för leverantörsbyte. Tvärtom har det angetts att anbudsgivarna inte behöver inkomma med några bevis. Eftersom det inte är någon annan organisation än E.ON som ska hantera leverantörsbytet har inte E.ON kunnat beskriva någon annan organisation. Något krav på att anbudsgivarna ska namnge personal i sin organisation har inte uppställts. Vilken personal som kommer att utföra vilka arbetsuppgifter måste också kunna vara flexibelt fram till avtalsstart.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Uppfyllelse av skall-krav

Kommunerna har skickat ut kompletterande information till anbudsgivarna. Svaret på fråga 1 att "leverantören har balansansvar och detta ingår naturligtvis i det påslag/rabatt som erbjuds" avser inte balanskraftskostna-

der. Att leverantören är balansansvarig innebär ansvar att lägga prognos för inköp samt att inför varje nästkommande dygn lägga beställning hos Nord Pool. Balansansvar ska således ingå men inte balanskraftskostnad. Svaret på fråga 3 vill E.ON tolka så att skatter och avgifter ska ingå i prispåslaget. Frågeställaren påpekar att avgifter numera faktureras enligt vid varje tillfälle gällande prislista från Svenska Kraftnät och kommunernas svar hänvisar till punkt 1.11 i de kommersiella villkoren. Villkoren anger vad som ska ingå i det avtal som tecknas mellan parterna och vad som ska ingå i det påslag som faktureras. Det anges klart i tredje stycket att "Prisändringar till följd av ändrade skatter och avgifter ska meddelas köparen i god tid, dock minst en månad, innan ändringen träder i kraft". Det avser alltså det färdiga avtalet och säger ingenting om hur priserna ska anges i anbudet. Det är alltså fullständigt klart att såväl fråga som svar avser möjligheten att justera påslaget under avtalstiden.

I punkt 6 i förfrågningsunderlaget anges att "Pris för konventionell el ska anges som påslag/rabatt i SEK/kWh. Påslaget/rabatten ska vara fast under hela avtalstiden". Det nämns ingenting om att påslaget även ska omfatta skatter och avgifter. Skatter och avgifter fastställs av andra än parterna och kan ändras över tiden. Att det är tillåtet för en leverantör att justera ett fakturerat påslag beroende på ändringar av skatter och avgifter framgår av de kommersiella villkoren. Vad gäller vattenkraft respektive vindkraft är det helt riktigt att det anges att "Påslag/rabatt som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten". E.ON glömmer dock nästa mening "Det är alltså inte det tillkommande påslaget/rabatten som ska anges". Betydelsen av detta är klar. Det innebär att man inte ska ange det ytterligare påslag som tillkommer för förnybar el, utöver konventionell el, utan man ska ange det påslag som tas ut för förnybar el. Det står inte någonstans i förfrågningsunderlaget att offererade påslag ska inkludera avgifter. Korrekt påslag, med tre decimaler, har angivits i de gula rutorna.

I Telge Krafts prisbilaga till anbudet anges påslaget 0,007 SEK/kWh. I tilläggsprisbilagan anges tydligt vad som inte ingår i angivet påslag. De avgifter som räknas upp fastställs av andra aktörer, såsom t.ex. Svenska Kraftnät, och kan inte påverkas av Telge Kraft. Avgifterna är lika för alla och avgifterna kan kontrolleras av kommunerna. För tydlighetens skull och för likabehandlingens skull ställdes kontrollfrågor till alla tre anbudsgivarna där storleken på avgifterna efterfrågades. Svar inkom från samtliga, vilket gjorde att en korrekt nollställning och jämförelse kunde göras. Detta är inte siffror som Telge Kraft kan ändra i efterhand. Då alla tre anbudsgivarna har fått samma frågeställning har likabehandlingsprincipen iakttagits. En nollställning har kunnat göras utan risk för särbehandling. De ytterligare tillkommande avgifter som lagts på Telge Krafts anbud har av kommunerna kunnat kontrolleras på annat sätt.

Otillåten komplettering

Kommunerna har begärt in förtydligande från samtliga anbudsgivare i enlighet med principen om likabehandling. Någon särbehandling har inte skett då alla anbudsgivare har fått samma frågor i avsikt att klarlägga vad inlämnade uppgifter omfattade. Förtydligandena syftade till att nollställa anbuden. De uppgifter som kommunerna har behövt för att kunna jämföra anbuden har varit allmänt tillgängliga för envar att kontrollera. Kommunerna kunde ha tagit in uppgifterna om avgifter och gjorde också det som en kontroll. De uppgifter kommunerna fick fram och de uppgifter Telge Kraft lämnade överensstämde med varandra. Telge Krafts anbud har varit fullständigt klart avseende vilka avgifter som skulle tillkomma och dessa avgifter är desamma för alla anbudsgivare oavsett om de ingår i lämnade priser eller ska tillkomma. Förfrågningsunderlaget tillåter båda varianterna. Genom klagörandet med frågor till samtliga anbudsgivare har anbuden i sin helhet blivit jämförbara. Telge Kraft har inte fått komplettera med uppgifter om kostnader och avgifter som inte omfattas av prispåslaget, utan

man har enbart angett hur höga de avgifter är som bestäms av bl.a. Svenska Kraftnät. Det är ingen otillåten komplettering.

Utvärderingen

I prisjämförelsen som gjorts efter nollställningen har kommunerna jämfört anbuden i en Excelfil där samtliga poster har angetts. Det finns ingenting som hindrar att kommunerna förfar så vid utvärderingen. Naturligtvis kunde kommunerna ha gjort en jämförelse där man, innan man fört in uppgifterna i en Excelfil, räknat samman alla poster på en miniräknare. På vilket sätt detta skulle ändra utfallet är svårt att förstå. Summorna hade fortfarande blivit desamma. Visst kunde anbuden ha jämförts med varandra även om bara en klumpsumma angivits men kommunerna har valt ett fullständigt transparent förfarande och även minimerat riskerna för felräkningar.

Vid anbudstillfället uppgick förbrukningsavgiften till 0,002 SEK/kWh. Det är den avgift som gäller vid anbudstillfället som ska användas, inte en avgift som börjar gälla senare. Om något annat gäller skrivs detta ut. Alla avrundningar som gjorts är matematiskt korrekta och har genomförts i Excel och det är naturligtvis så E.ON också räknat fram sitt påslag. Påslaget ska vara fast under avtalstiden men som framgår av punkten 1.11 i de kommersiella villkoren får prisändringar till följd av ändrade skatter och avgifter ske under avtalstiden. Totalen är alltså 0,015 SEK/kWh och Telge Krafts anbud är det som har det lägsta priset. Vid utvärderingen har priser med tre decimaler använts. Vid en uträkning i Excel blir Telge Krafts utvärderingspris 0,015 SEK/kWh även med fyra decimaler. Den siffra som E.ON har kommit fram till kan möjligen grunda sig i att man använt en framtida avgiftshöjning i sin uträkning av Telge Krafts pris. Utvärderingen har utförts korrekt och helt transparent.

Otydligt förfrågningsunderlag

Förfrågningsunderlaget är inte otydligt och en fullständig korrekt jämförelse mellan anbuden har kunnat göras utan risk för särbehandling. De utvärderingssummor som använts har varit helt jämförbara med varandra. Förfrågningsunderlagets utformning har inte på något sätt äventyrat säkerställandet av det lägsta anbudspriset.

Kontroll av E.ON:s anbud

Det finns inget som tvingar en upphandlande myndighet att kontrollera alla anbud lika noga om det står klart att anbuden inte kan komma ifråga. E.ON har inte lidit någon som helst skada av detta förfarande. Naturligtvis kunde kommunerna ha skrivit i sitt tilldelningsbeslut att E.ON:s anbud inte uppfyllde kraven men det hade inte ändrat någonting. Kommunerna har över huvud taget inte behövt tillämpa bestämmelsen i 11 kap. 17 § LOU.

E.ON:s anbud - kravuppfyllelse

Vid utvärderingen valde kommunerna att kontrollera att det anbud som hade lägst pris uppfyllde kraven. Övriga anbud har gått igenom översiktligt. Det stod snabbt klart att E.ON:s anbud inte hade kunnat antas om det hade haft lägst pris eftersom det inte uppfyller alla kraven. Enligt punkt 4.9 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren i anbudet ange hur man kan kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen och på så sätt öka sannolikheten att leveranserna startar enligt fastställt schema. Leverantören ska med detta också presentera med vilken organisation man avser att kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen. E.ON:s beskrivning av hur en leverantörsbytesprocess ska kvalitetssäkras är tunn och någon uppgift om med vilken organisation man avser att kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen finns över huvud taget inte, vilket också E.ON:s representant upplystes om per telefon

efter tilldelningen. Det har klart angetts att uppgiften ska lämnas i anbudet vilket E.ON inte gjort. Redan här står det alltså klart att E.ON:s anbud inte uppfyller kraven och att man således inte har lidit eller kan komma att lida skada av vad som i övrigt har förevarit i upphandlingen. Kravet är tydligt formulerat och kan inte missförstås. E.ON:s anbud uppfyller inte de krav som ställs i punkt 4.9. Anbudet skulle rätteligen ha förkastats om en fullständig genomgång av samtliga anbud gjorts innan tilldelningsbeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 4.9 att anbudsgivaren ska i anbudet ange hur man kan kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen och på så sätt öka sannolikheten att leveranserna startar enligt fastställt schema. Leverantören ska med detta också presentera med vilken organisation de avser att kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen.

I punkt 6 i förfrågningsunderlaget anges att de upphandlande myndigheterna kommer att anta anbud som uppfyller kraven och har lägsta pris vid utvärderingen. Se bilaga 2 Prisutvärdering som innehåller en kalkyl för att räkna ut utvärderingspriset. Kalkylen bygger på ett antagande om att 70 % av förbrukningen består av förnybar el och av denna består 80 % av vattenkraft och 20 % av vindkraft. Denna bilaga ska fyllas i och lämnas in med anbudet.

Pris för konventionell el ska anges som påslag/rabatt i SEK/kWh. Påslaget/rabatten ska vara fast under hela avtalstiden. Ange pris med tre decimaler, t.ex. 0,123 SEK/kWh.

Pris för el producerad av vattenkraft respektive vindkraft ska anges i SEK/kWh. Påslag/rabatt som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten. Det är alltså inte det tillkommande påslaget/rabatten som ska anges.

Påslaget/rabatten ska vara fast under hela avtalstiden. Ange pris med tre decimaler, t.ex. 0,123 SEK/kWh. Angiven fördelning är ett antagande och ska ej ses som en utfästelse från de ingående enheternas sida.

Prispåslag ska anges i de gula rutorna. Anges ingen siffra tolkas detta som att påslaget är 0 SEK. Antagen leverantör kan ej justera dess uppgifter i efterhand.

Förvaltningsrättens bedömning

Uppfyllelse av skall-krav

I förevarande upphandling antar kommunerna det anbud som har lägst pris. Förfrågningsunderlaget är alltså utformat på ett sådant sätt att kommunerna väljer det anbud som har lägst pris under förutsättning att samtliga skallkrav är uppfyllda.

I förfrågningsunderlaget anges att pris för konventionell el ska anges som påslag/rabatt. Vidare anges att pris för el producerad av vattenkraft respektive vindkraft ska anges som påslag/rabatt samt att påslaget/rabatten som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten. Härvid anges det inte särskilt att

skatter och avgifter ska ingå i prispåslaget. Inte heller anges det i den kompletterande informationen från kommunerna att skatter och avgifter ska ingå i det prispåslag som ska offereras enligt punkten 6 i förfrågningsunderlaget.

Telge Kraft har till sitt anbud bifogat två prisbilagor; Bilaga 2 Prisutvärdering och Prisbilaga – Tillägg till anbudets bilaga 2. I Bilaga 2 Prisutvärdering anger Telge Kraft påslag för konventionell el och för förnybara energikällor med tre decimaler. I tilläggsbilagan anger Telge Kraft påslagen för konventionell el och för förnybara energikällor med fyra decimaler. De i tilläggsbilagan angivna påslagen har följaktligen avrundats till tre decimaler då Telge Kraft påfört påslagen i de gula rutorna i Bilaga 2 Prisutvärdering enligt förfrågningsunderlaget. Prispåslaget har således angetts med tre decimaler i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vidare anges i tilläggsbilagan att utöver angivna påslag tillkommer avgift för balanskraft, förbrukningsavgift, effektreserv och handelsavgifter. Det framkommer inte annat än att dessa avgifter fastställs av andra aktörer på marknaden och att de är lika för alla anbudsgivare. Även om det inte helt klart framgår av förfrågningsunderlaget vad som ska ingå i påslaget kan förfrågningsunderlaget, mot bakgrund av att avgifterna är lika för alla, rimligtvis inte förstås på annat sätt än att det enbart är anbudsgivarnas prispåslag som ska konkurrensutsättas och därmed utvärderas. Förfrågningsunderlaget och den däri angivna lydelsen ”Påslag/rabatt som anges ska omfatta hela påslaget/rabatten” kan således inte tolkas på sådant sätt att avgifter ska ingå i det prispåslag som offereras. Eftersom Telge Kraft följaktligen har offererat prispåslag i enlighet med förfrågningsunderlaget finns det inte skäl att förkasta anbudet.

Otillåten komplettering

Kommunerna har begärt in förtydligande från samtliga tre anbudsgivare avseende huruvida avgifter gällande balanskraft, förbrukningsavgift, effektreserv, handelsavgift, elcertifikat och energiskatt ingår i de offererade påslagen. I begäran om förtydligande anger kommunerna att uppgifterna behövs för att man ska kunna nollställa anbuden. Detta med anledning av att anbudsgivarna offererat påslagen på olika sätt. Uppgifterna har således begärts in för att kommunerna ska kunna jämföra anbuden, dvs. jämföra de offererade påslagen, och inte för att särbehandla ett anbud som inte uppfyller kraven. Såsom framgår av förtydligandet från E.ON har E.ON offererat ett prispåslag inklusive avgifter men exklusive elcertifikat och energiskatt. Av Telge Krafts förtydligande framgår att Telge Kraft offererat ett prispåslag exklusive avgifter. Eftersom Telge Kraft offererat ett påslag utan avgifter har kommunerna sålunda behövt uppgifter om avgifternas storlek för att kunna jämföra anbuden i sin helhet. Kommunerna hade inte behövt begära in angiven information från Telge Kraft utan hade likaväl kunnat subtrahera avgifterna från E.ON:s anbud i stället. Eftersom det är priset som konkurrensutsätts och priset som utvärderas hade anbuden inte varit jämförbara om kommunerna inte begärt in förtydligande. Om kommunerna inte begärt förtydligande hade Telge Kraft haft ett totalpris för utvärdering om 0,007 kr och E.ON ett totalpris för utvärdering om 0,016 kr. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att nollställningen i förevarande fall har lett till ett jämförbart resultat. Nollställningen får vid angivna förhållanden anses vara förenlig med LOU. Att begära förtydligande från anbudsgivarna har därmed varken inneburit en risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt förvaltningsrätten rör det sig således inte om en otillåten komplettering.

Utvärderingen

I prisutvärderingen har kommunerna specificerat Telge Krafts samtliga avgifter och avrundat Telge Krafts priser till tre decimaler innan priserna sammanräknats. Vad gäller förbrukningsavgiften gör E.ON gällande att det pris som gäller under avtalstiden, dvs. 0,0028 kr per kWh, är det pris som ska ligga till grund för beräkningen av förbrukningsavgiften. Vid anbudstillfället uppgick dock förbrukningsavgiften till 0,002 kr per kWh. Enligt förvaltningsrätten är det rimligtvis den avgift som gäller vid anbudstillfället som ska ligga till grund för beräkningen av förbrukningsavgiften, dvs. 0,002 kr per kWh. Detta behöver således inte uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget. Om ett framtida pris anges får detta pris anses ha lämnats i informationssyfte. Därtill är förbrukningsavgiften en avgift som anbudsgivarna inte själva kan styra över, vilket innebär att en avgiftshöjning påverkar samtliga anbudsgivares prispåslag.

Eftersom Telge Kraft är den enda anbudsgivare som inte angett prispåslag inklusive avgifter borde kommunerna i förevarande fall ha sammanräknat avgifterna innan avrundning. Detta eftersom en avrundning av priset för handelsavgifter från 0,002 kr per kWh till 0,000 kr per kWh kan slå fel. Oavsett om man först avrundar avgifterna till tre decimaler och därefter sammanräknar eller om man först summerar avgifterna med fyra decimaler och därefter avrundar till tre decimaler uppgår emellertid Telge Krafts utvärderingspris till 0,015 kr per kWh. Telge Krafts anbud har därmed det lägsta priset.

Otydligt förfrågningsunderlag

Det har inte framkommit annat än att anbudena varit jämförbara och att kommunerna därför har kunnat göra en prisjämförelse. Att någon särbehandling skulle ha förelegat har inte visats. Även om förfrågningsunderla-

get inte är optimalt utformat finner förvaltningsrätten inte att det finns skäl att göra om upphandlingen.

Kontroll av E.ON:s anbud

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att E.ON har lidit eller kan komma att lida skada. Det kan konstateras att kommunerna inte har kontrollerat huruvida E.ON:s anbud uppfyller de ställda kraven, utan endast har kontrollerat det vinnande anbudet från Telge Kraft. Med hänsyn till att E.ON:s anbud inte hade varit aktuellt för tilldelning, även för det fall Telge Kraft inte tilldelats kontraktet, kan E.ON enligt förvaltningsrättens förmenande inte lida skada av förfarandet. E.ON har i vart fall inte visat att man lidit eller kan komma att lida skada.

E.ON:s anbud - kravuppfyllelse

Bedömningen av om E.ON:s anbud uppfyller aktuella skall-krav ska prövas i aktuellt mål vid ställningstagandet av om E.ON har lidit skada (se bl.a. Kammarrättens i Stockholm mål nr 924-12 och Kammarrättens i Göteborg mål nr 4224-13). Det har i förevarande upphandling, punkt 4.9, uppställts ett skall-krav avseende att anbudsgivaren i anbudet ska ange hur man kan kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen och med detta också presentera med vilken organisation man avser att kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen. Det framgår klart och tydligt att beskrivningen ska lämnas i anbudet och att anbudsgivaren har att kryssa i rutan "Kraven uppfylls. Efterfrågad beskrivning har lämnats". E.ON har i sitt anbud inte presenterat med vilken organisation man avser att kvalitetssäkra leverantörsbytesprocessen. Därmed kan inte E.ON anses ha uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. E.ON:s anbud skulle således rätteligen ha förkastats av kommunerna. Med hänsyn till kravet i 16 kap. 6 § LOU på att den leverantör som ansökt om överprövning måste ha lidit skada för att ett ingripande

enligt LOU ska kunna ske kan E.ON således, oavsett förvaltningsrättens bedömning enligt ovan, inte lida någon skada.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att E.ON inte förmått visa att kommunerna brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna som bär upp lagen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. E.ON:s ansökan härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1B LOU)

Ola Brändström

Bilaga 1**MOTPARTER**

1. Ängelholms kommun	mål nr 9293-14
2. AB Ängelholmslokaler	mål nr 9294-14
3. Örkelljunga kommun	mål nr 9295-14
4. Osby kommun	mål nr 9296-14
5. Fjärrvärme i Osby AB	mål nr 9297-14
6. Osbybostäder AB	mål nr 9298-14
7. Trelleborgs kommun	mål nr 9299-14
8. AB Malmöregionens avlopp	mål nr 9300-14
9. Östra Göinge kommun	mål nr 9301-14
10. Östra Göinge kommuns Industrifastighets AB	mål nr 9302-14
11. Östra Göinge Renhållnings AB	mål nr 9303-14
12. Bostads AB Klockaren	mål nr 9304-14
13. Simrishamns kommun	mål nr 9305-14
14. Skurups kommun	mål nr 9306-14
15. Skurups Elverk AB	mål nr 9307-14
16. Landskrona Stad	mål nr 9308-14
17. AB Landskronahem	mål nr 9309-14
18. Landskrona-Svalövs Renhållnings AB	mål nr 9310-14
19. Landskrona Kraft AB	mål nr 9311-14
20. Rederi Ventrafiken AB	mål nr 9312-14
21. Klippans kommun	mål nr 9313-14
22. Småindustrilokaler i Klippan AB	mål nr 9314-14



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

