



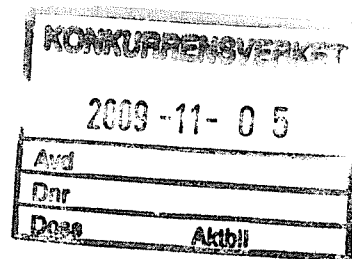
**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande: A-M Danielsson

DOM
2009-11-04
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
1802-09 E
Rotel 3

KV



SÖKANDE

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

Ombud: Advokaten Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kalmar kommun
Inköpsavdelningen
Box 902
391 29 Kalmar

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Bergen Energi AB:s förstahandsyrkande.

Länsrätten beslutar att Kalmar kommuns upphandling av elenergi ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 23 oktober 2009 upphör att gälla.

Dok.Id 38840

Postadress
Box 614
391 26 Kalmar

Besöksadress
Smålandsgatan 28

Telefon
0480-47 78 00

E-post: lansrattenikalmar@dom.se

Telefax
0480-851 05

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun har genomfört en upphandling av elenergi och i ett tilldelningsbeslut den 13 oktober 2009 valt Kalmar Energi Försäljning AB som leverantör.

Bergen Energi AB (Bergen Energi) ansöker om överprövning och yrkar i första hand rättelse och i andra hand att upphandlingen görs om samt anför bl.a. följande. Utvärderingen ska göras om varvid deras anbud ska erhålla full poäng i utvärderingen av tilldelningskriteriet ”Prissäkringsstrategi”. Kommunen har genomfört upphandlingen utan att ta hänsyn till de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Det har funnits oklarheter i förfrågningsunderlaget. Framförallt är utvärderingskriteriet ”Prissäkringsstrategi” alltför otydligt beskrivet för att en anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Nämnda utvärderingskriterium ger därför ett alltför stort utrymme för godtyckliga bedömningar och innebär i praktiken att kommunen förbehållit sig fri prövningsrätt och obegränsad valfrihet. Kommunen har i sin utvärdering av nämnda utvärderingskriterium inte följt vad som angetts beträffande poängsättningen i förfrågningsunderlaget vilket medfört ett felaktigt utvärderingsresultat. Förfrågningsunderlaget är därför så otydligt utformat att det måste anses stå i strid med principerna om förutsebarhet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Av förfrågningsunderlaget följer att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas med hänsyn till tre angivna viktade utvärderingskriterier ”Pris”, ”Prissäkringsstrategi” och ”Administrativa rutiner”. Av beskrivningen av utvärderingskriteriet ”Prissäkringsstrategi framgår att ”Beställaren har målsättningen att upphandling ska medföra en prisstabilitet och riskminimering”. Det framgår således varken *vad* det är anbudsgivarna ska beskriva eller *hur* poängbedömningen ska genomföras. Det framgår vidare att det förslag som ”bäst möter målet” erhåller full poäng och övriga an-

budsgivare därefter i fallande skala. Det saknas ledning för vad som anses vara "bäst". Till förfrågningsunderlaget har en utvärderingsmodell bifogats i vilken det anges hur poängsättningen ska genomföras. Som utvärderingsmodellen får utläsas kan anbudsgivarna ges mellan ett och fem poäng, där fem är bäst och ett är sämst. Såvitt avser de enskilda utvärderingskriterierna "Prissäkringsstrategi" och "Administrativa rutiner" är det inte närmare angivet vad en anbudsgivare ska presentera för att anses som "bäst" och erhålla maximal poäng och inte heller vilka faktiska omständigheter som medför poängavdrag eller vad som krävs för att hamna på en viss poäng. Vaga formuleringar som det förslag som "bäst möter målet" har använts för att förklara vad som krävs för att få högsta poäng. Det innebär betydande svårigheter för anbudsgivarna att kunna förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna och därmed kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 mars 2009 mål nr 6996-08 och Kammarrätten i Sundvalls dom den 18 april 2008 mål nr 237-08). Genom att inte närmare precisera förutsättningar för bedömningen har kommunen givit sig själv ett långtgående prövningsutrymme beträffande poängsättningen av de olika – ej angivna – parametrarna, vilket indirekt möjliggjort en skönsmässig och allmänt sammantagen bedömning av de uppgifter som anbudsgivarna angett i sina anbud. I praktiken har detta inneburit en fri prövningsrätt, vilket inte är förenligt med kravet på transparens i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har i efterhand justerat högsta möjliga poäng i förhållande till vad som angetts i förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell. Den i förfrågningsunderlaget angivna högsta poängen överensstämmer således inte med de högsta poäng som delats ut vid utvärderingen. De uppgifter som angetts i förfrågningsunderlaget och dess utvärderingsmodell är således inte förenliga med den utvärdering som gjorts och redovisats i tilldelningsbeslutets anbudsvärdering. En sådan utvärdering är inte förutsägbar. Såväl förfrågningsunderlaget som tilldelningsbeslutet är därför, redan av detta skäl, oförenliga med kravet på transparens i 1 kap 9 § LOU. Inte heller av an-

budsutvärderingen och dess poängsammanställning framgår det närmare hur betygssättningen rent faktiskt har gått till och vilka omständigheter som har haft avgörande betydelse för vilken poäng som respektive anbudsgivare uppnått. Trots att anbudet från Bergen Energi och Kalmar Energi innehållit motsvarande uppgifter när det gäller utvärderingskriteriet "Prissäkringsstrategi" har Bergen Energi erhållit 5 poäng medan Kalmar Energi erhållit 6 poäng. I anbudsutvärderingen är det omöjligt att utläsa varför Bergen Energi erhållit en (1) poäng mindre än Kalmar Energi eller varför Kalmar Energi erhållit högst poäng. Bergen Energi anser att deras beskrivning av utvärderingskriteriet "Prissäkringsstrategi" är bättre än Kalmar Energis. Bergen Energi yrkar därför i första hand att upphandlingen rättas genom att utvärderingen görs om på så vis att Bergen Energi i stället för Kalmar Energi erhåller 6 poäng i utvärderingen med följden att Bergen Energi får högsta totalpoäng och således tilldelas kontraktet. I vart fall ska Bergen Energi erhålla samma poäng som Kalmar Energi. Under alla omständigheter har den av kommunen genomförda utvärderingen av utvärderingskriteriet "Prissäkringsstrategi" inte varit förutsebar och transparent för anbudsgivarna varför upphandlingen på denna grund är oförenlig med 1 kap. 9 § LOU. I förfrågningsunderlaget anges att utvärderingskriteriet "Administrativa rutiner" kommer att viktas till 30 %. Den omständigheten att samtliga sju anbudsgivare erhållit full poäng avseende nämnda utvärderingskriterium visar att förfrågningsunderlaget varit så oklart formulerat att inte ens kommunen kunnat särskilja de olika anbuden åt. Ett förfrågningsunderlag ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet (se RÅ 2002 ref. 50). Ett förfrågningsunderlag uppfyller inte de grundläggande krav som kan ställas på detsamma om det ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. Förfrågningsunderlaget har varit mycket otydligt redan från början och det har rått stor osäkerhet kring en stor del av innehållet avseende utvärderingsfasen. Anbudsgivarna saknar möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden. Att inte närmare dokumentera hur utvärderingen av "Prissäkringsstrategi" skett

är ytterligare indikation på att kommunen förbehållit sig fri prövningsrätt och en obegränsad valfrihet. Kommunens utvärdering har inte skett utifrån de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen vilket är oförenligt med kravet på transparens och likabehandling. Kommunen har inte följt de uppgifter som angetts i förfrågningsunderlaget och därmed har utvärderingen lett till ett felaktigt resultat. Upphandlingen har därför genomförts i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Dessa brister som funnits i förfrågningsunderlaget har medfört skada eller risk för skada för Bergen Energi i egenskap av leverantör, då möjligheten att utforma ett konkurrenskraftigt anbud skulle ha varit annorlunda om mer utförlig information funnits i förfrågningsunderlaget om hur poängsättningen faktiskt skulle gå till.

Länsrätten har den 23 oktober 2009 har på begäran av Bergen Energi förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligt tagit ställning till ansökan om överprövning eller förordnat på annat sätt.

Kalmar kommun anför följande. Bergen Energi påtalar i sin skrivelse att hänsyn till transparens och likabehandling inte har tagits i anbudsunderlaget. Att då göra en ny utvärdering skulle inte förändra ovan nämnda brister i underlaget. Med hänvisning till Bergens Energis skrivelse förordar Kalmar kommun att upphandlingen görs om.

Bergen Energi anför följande. Bolaget vidhåller sitt yrkande att länsrätten i första hand ska besluta att upphandling får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid Bergen Energis anbud ska erhålla full poäng i utvärderingen av tilldelningskriteriet ”Prissäkeringsstrategi”. Bergen Energi vidhåller sitt yrkande att länsrätten i andra hand ska besluta att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av reglerna i LOU. Bergen Energi vidhåller och åberopar de omständigheter och grunder som tidigare anförts i an-

sökan om överprövning. Om Bergen Energi tilldelas 6 poäng avseende utvärderingskriteriet "Prissäkringsstrategi" skulle bolaget ha vunnit upphandlingen. Innehållet i Kalmar Energis anbud har inte "bättre mött målen" än innehållet i Bergen Energis anbud utan anbuden utgår i stort från samma parametrar. Av Kalmar Energis anbud kan utläsas bland annat att prissäkringsfronten är tre år vilket är samma uppgift som Bergen Energi angett i sitt anbud. Trots att anbuden från Bergen Energi och Kalmar Energi innehållit motsvarande uppgifter har Bergen Energi erhållit 5 poäng i utvärderingen medan Kalmar Energi erhållit 6 poäng. Bergen Energi är av uppfattningen att deras beskrivning av utvärderingskriteriet "Prissäkringsstrategi" är bättre än Kalmar Energis. Bergen Energi yrkar därför i första hand att upphandlingen rättas så att Bergen Energi i stället för Kalmar Energi erhåller 6 poäng i utvärderingen med följderna att de får högsta totalpoäng och således tilldelas kontraktet. I vart fall ska Bergen Energi erhålla samma poäng som Kalmar Energi. Likabehandlingsprincipen innebär att alla anbudsgivare ska behandlas lika och bedömas utifrån samma parametrar. Kommunens inställning överensstämmer med Bergen Energis yrkande i andra hand.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller

kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering kommer att ske av de anbud som uppfyller ställda krav och som lämnats av en leverantör som kvalificerats till utvärderingen. Beställaren kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till:

	<u>Viktning</u>
• Pris	30 %
• Prissäkringsstrategi	40 %
• Administrativa rutiner	30 %

Under rubriken ”Prissäkringsstrategi” anges följande. ”Beställaren har målsättningen att upphandling ska medföra en prisstabilitet och riskminimering. Anbudsgivaren ska i sitt anbud beskriva hur denna bäst uppfyller beställarens mål”.

Bergen Energi har anfört att formuleringarna medför att det varit oklart vad som efterfrågats och hur detta ska utvärderas samt att det i praktiken gett Kalmar kommun fri prövningsrätt. Kalmar kommuns inställning får tolkas så att detta medges. Länsrätten instämmer i bedömningen att principen om transparens och förutsebarhet har trätts för när på ett sådant sätt att upphandlingen inte genomförts på ett affärsmässigt sätt. Detta har lett till att Bergen Energi kunnat komma att lida skada. Det finns därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Bristen på transparens beträffande kriteriet prissäkringsstrategi gör att länsrätten inte på ett rättvisande sätt kan avgöra hur kriteriet ska utvärderas. Allmänt gäller att en brist som är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet ska leda till att en upphandling görs om.

Länsrätten bedömer därmed att något annat ingripande än att upphandling-
en görs om inte kan komma i fråga.

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



Raimo Gustavsson

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 offentlig part 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.