



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-12-06
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
4064-11 E

SÖKANDE

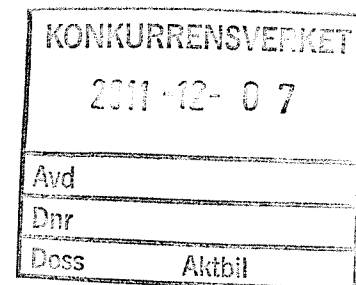
Energi Försäljning Sverige AB, 556713-8549
Stortorget 23
211 34 Malmö

MOTPART

Örebro kommun
Upphandlingsenheten
Box 30070
701 35 Örebro

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Energi Försäljning Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 48999

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00

E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.dom.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örebro kommun genomför en offentlig upphandling av elkraft, KS 488/2011, gällande leverans av elenergi till kommunens verksamheter samt marknadsanalys och rådgivning. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 23 september 2011 har kommunen antagit E.ON Försäljning Sverige AB som leverantör av elkraft och angett att avtalet träder i kraft den 1 januari 2012 och gäller till och med den 31 december 2012 samt angett att efter avtalstidens utgång upphör avtalet att gälla utan föregående uppsägning om avtalet inte förlängas enligt gällande avtalsvillkor.

YRKANDEN

Energi Försäljning Sverige AB (härefter Energi Försäljning) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Örebro kommun gör om utvärderingen och utgår från de grunder som gäller enligt förfrågningsunderlaget.

Örebro kommun bestrider bifall till Energi Försäljnings ansökan.

PARTERNAS TALAN

Energi Försäljning anför bland annat följande

Kompletterande frågor har ställts efter anbudstidens utgång och dessa frågor har helt ändrat grundförutsättningarna för leveransen. Man kan förenklat säga att kommunen har gått från att handla fysiska fasta elkraftpriser, inklusive volym- och profilrisk, till att fråga efter en modell där dessa risker istället hanteras av beställaren. Utifrån förfrågningsunderlaget och de kompletterande frågorna är det tydligt att det är en fysisk elhandelsmodell där Örebros uttagsmönster hanteras ekonomiskt av elleverantören. Under anbudsperioden har tilltänkta anbudsgivare (däribland Energi Försäljning) ställt specifika frågor om uttagsprofil eftersom detta är mycket viktig information om man ska ställa priser på fysiska kontrakt (där leverantören tar mycket större risker än när det handlar om finansiella kontrakt). Dessa

uttagsprofiler har då bifogats till upphandlingen. Kommunens svar har således bekräftat inköpsmodellen beskriven i förfrågningsunderlaget. De punkter som rör vilken modell kommunen frågat efter finns i förfrågningsunderlaget under punkterna 2.1.1., 2.1.2. och 2.1.4. I den modell som kommunen slutligen valt att utvärdera ingår varken profilkostnad eller volymrisk då dessa parametrar helt läggs på kommunen i den utvärderade modellen. Utifrån förfrågningsunderlaget kan Energi Försäljning inte förstå vad kommunen frågar efter då förutsättningarna ändrats efter anbudsöppningen och följaktligen kan Energi Försäljning inte heller förstå hur anbudet utvärderats.

Örebro kommun anför bland annat följande

Kommunen delar inte uppfattningen att förfrågningsunderlaget frångåtts. På grund av olikheter i inkomna anbud ställdes kompletterande frågor till samtliga anbudsgivare så att anbudet kunde utvärderas på ett korrekt sätt. Av Energi Försäljnings svar har inte framgått att det skulle finnas några oklarheter. Tvärtom har Energi Försäljning och övriga anbudsgivare svarat på frågorna enligt kommunens önskemål. Ingenstans i förfrågningsunderlaget eller i de kompletterande frågorna har kommunen sagt att risktagandet ska förändras. I utvärderingen framkommer att kommunens avsikt är att säkra elleveranserna med köp av terminer i hög utsträckning. Endast vid de tidpunkter då kommunens förbrukning är lägre (sommarmånaderna) kan köp på spotmarknaden komma ifråga. Dessutom framgår av förfrågningsunderlaget att kommunens avsikt är att leverantören svarar för övriga risker såsom profilkostnad och volymrisk. Därmed saknas grund för Energi Försäljnings påstående att kommunen utvärderat en annan produkt än den som framgår av förfrågningsunderlaget.

I därefter inkommit yttrande anför Energi Försäljning bland annat följande

Örebro kommun har efter anbudsöppningen ställt kompletterande frågor där kommunen frågar efter en inköpsmodell där volym- och profilirisk hamnar på kommunen. När volym- och profilirisk hanteras av kommunen

blir det naturligt att leverantörernas arvode blir lägre. Det är dessa priser som kommunen använt i sin utvärdering och det stämmer alltså inte överens med förfrågningsunderlaget, vare sig för produkt eller utvärdering.

Örebro kommun anför i anledning av yttrandet från Energi Försäljning bland annat följande

Kommunen vidhåller att förfrågningsunderlaget inte har frångåtts. Kommunen konstaterar att Energi Försäljning har ändrat sitt anbud i och svaren på kompletterande frågor. Bolagets förändrade anbud avviker drastiskt från övriga anbudslämnarens svar. Kommunen har inte på något sätt framställt i underlaget någon avsikt att förändra risktagandet för elleveranser. Avsikten att säkra elleveranser har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation under punkten 2.1.1.” Beskrivning – elleveranser” anges följande.

Upphandlingen omfattar elkraft till beställarens ca 773 uttagspunkter, exklusive s.k. korta abonnemang som avser tomställda lägenheter/lokaler. Den samlade elförbrukningen bedöms till ca 70 GWh per år 2011. Antalet timtidsmätta anläggningar uppgår för närvarande till 185 st med en förbrukning av 60 GWh. Resterande 588 anläggningar är schablonmätta. Antalet timtidsmätta anläggningar kan komma att utökas. Anläggningar som ingår

i upphandlingen framgår av anläggningsförteckning daterad mars 2011. I anläggningsförteckningen finns även uppgifter om anläggningarnas bedömda årsförbrukning.

Samtliga anläggningar är kopplade till organisationsnummer 212000-1967.

Beställaren kommer att arbeta kontinuerligt med energioptimering, vilket kan komma att innebära att volymerna förändras under avtalets löptid. Beställaren ska ha rätt att tillföra uttagspunkter till avtalet. Likaså ska beställaren också ha rätt att avföra uttagspunkter från avtalet. En volymflexibilitet på 5-10 procent per år till oförändrade villkor bör tillåtas. Ange i anbud hur avvikelser utanför flexibilitetsgränserna ska hanteras. Om allt annat är likvärdigt vid utvärdering kommer en större tillåten volymflexibilitet att räknas som ett mervärde. Avtalsvolymerna ska kunna justeras månadsvis.

Förbrukningen av el kan komma att förändras på grund av att Örebro kommuns rörelsefastigheter överförs till kommunala aktiebolag successivt från och med 2012-01-01.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation under punkten 2.1.2. "Omfattning – delar i upphandlingen" anges följande.

Upphandlingen omfattar elleverans inkl elcertifikat, rådgivning, marknadsanalys och myndighetsavgifter. Avrop av fysisk el ska kunna ske mot Nordpool till både timspotpris och terminspris. Avrop av terminer ska ske i Örebro kommuns namn. Avrop av el med terminshandel kan ske mot annan leverantör än leverantör av fysisk el.

Beställaren avser inte att ställa någon form av säkerhet för handel gentemot Nordpool, annan börs eller mot leverantör/mäklare.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation under punkten 2.1.4. "Prissättning, 60 %" anges bland annat följande.

Prissättning ska ske med ett påslag på NordPools timspotpris respektive terminspris, prisområde "Elområde Stockholm" (SE3) i svensk valuta omfattande samtliga kostnader inklusive vinstmarginal, avgifter till Svenska kraftnät samt rådgivning.

Prissättning av förnyelsebara energikällor sker genom samråd mellan beställare och leverantör. Separat prispåslag för förnyelsebara energikällor anges i anbudet.

Med samtliga kostnader avses i detta fall kostnader/avgifter utöver ersättning för elenergi och elenergiskatt till fullt färdigt pris, inga övriga kostnader/avgifter ska normalt förekomma. Påslag för handel med elcertifikat anges separat. Kostnader/avgifter inbegriper således även: profilkostnad, volymrisk,

Energi Försäljning har under anbudstiden ställt följande fråga till Örebro kommun. "Vi har inte funnit någon profil för hur ni tar ut er energi över året och dygn. Går det att få fram en samlad timserie för samtliga timmätta anläggningar – således en samlad serie som innehåller 8760 timvärden?" Kommunen har svarat att den skickar ut en fil till samtliga som hämtat ut underlag via VISMA TendSign.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Örebro kommun i utvärderingen av anbuden har gått ifrån de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget, framförallt vad gäller om profilkostnad och volymrisk ska ligga på kommunen eller leverantören. Det ostridigt och framgår av punkterna 2.1.1., 2.1.2. och 2.1.4. att de nämnda riskerna enligt förfrågningsunderlaget ligger på leverantören. Enligt vad kommunen anfört i målet har kommunen inte heller i de kompletterande frågorna angett att risktagandet ska förändras. Förvaltningsrätten finner att Energi Försäljning inte heller har visat att förutsättningarna enligt förfrågningsunderlaget har förändrats i utvärderingen. Det har således inte framkommit annat än att Örebro kommun genomfört upphandlingen i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Energi Försäljnings ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Olle Sundberg

rådman

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU