



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Anna Aktermo

**DOM**  
**2012 -09- 1 0**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 7105-12 E

**SÖKANDE**

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

**Ombud:**

Advokat Tomas Kjellgren, jur. kand. Daniel Björklund, jur. kand. Anna  
 Lapinska och jur. kand. Carl Lundeholm  
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
 Box 1711  
 111 87 Stockholm

**MOTPART**

Staffanstorps Kommunfastigheter AB, 556671-7491  
 Box 137  
 245 22 Staffanstorp

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012 -09- 1 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 121168

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattanimalmo@dom.se">forvaltningsrattanimalmo@dom.se</a>		08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Staffanstorps Kommunfastigheter AB (Kommunfastigheter) genomför en upphandling av naturgasleveranser. Av tilldelningsbeslut daterat den 27 juni 2012 framgår att Lunds Energi Försäljning AB/Krafringen Försäljning AB (Lunds Energi) ska tilldelas kontraktet i upphandlingen.

**E.ON Försäljning Sverige AB (E.ON)** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så vis att upphandlingen får avslutas först sedan anbudet från vinnande anbudsgivare förkastats. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunfastigheter har antagit ett orent anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att prispåslaget ska innehålla samtliga med leveransen förknippade kostnader, såsom exempelvis lager- och transportkostnader och att det ska redovisas separat från börspriset. Den s.k. kapacitetskostnaden utgör en sådan lager- och transportkostnad som ska redovisas i prispåslaget. Trots detta har Lunds Energi, i strid med givna instruktioner, i sitt börspris inkluderat en kapacitetskostnad uppgående till 1,88 SEK/MWh. Kapacitetskostnaden är förvisso en rörlig kostnad men den utgör inte en del av börspriset utan ska i stället inkluderas i prispåslaget för det fall anbudsgivaren önskar erhålla ersättning för densamma. Redan det förhållandet att Lunds Energi på detta sätt inte följt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget utgör grund för att förkasta bolagets anbud. Skälet till att prissättningen ska ske på sätt som Kommunfastigheter krävt är att anbudena över huvud taget ska vara jämförbara med varandra, d.v.s. anbudsgivarna ska redovisa ett månadsmedelvärde på börspris (som är rörligt under avtalsperioden) samt ett prispåslag med övriga kostnader (som är densamma under hela avtalsperioden). Genom att Lunds Energi i börspriset inkluderat en rörlig kostnadspost som rätteligen haft att utgöra en del av det fasta prispåslaget får antas att Lunds Energi, i strid med förfrågningsunderlaget, avser att erhålla rörlig ersättning för kapacitetskostnaden. Det

ska härvid nämnas att kapacitetskostnaden varierar kraftigt över året. Kostnaden för april månad, d.v.s. det pris som Lunds Energi angivit, är generellt sett mycket lägre än kostnaden för övriga månader under året. Priset är generellt sett som högst under perioden oktober till mars. Ett av syftena med att denna kostnadspost ska ingå i prispåslaget torde därför vara att anbudsgivaren ska stå risken för dess variationer och beräkna sitt prispåslag utifrån detta. E.ON har förfarit på nämnt sätt och i sitt prispåslag inkluderat en genomsnittlig kapacitetskostnad till ett beräknat värde vida överstigande 1,88 SEK/MWh. Det är inte tydligt för E.ON hur Kommunfastigheter, under avtalsperioden, avser att hantera det förhållandet att Lunds Energi inte angivit samtliga övriga kostnader i sitt prispåslag utan i stället inkluderat kapacitetskostnaden i det rörliga börspriset. Enligt E.ON:s mening är det tydligt att Lunds Energi inte bara brutit i formellt skall-kravhänseende, utan bolaget har även givits en otillbörlig fördel gentemot andra leverantörer i den meningen att man tillåtits prissätta sitt anbud på ett mer fördelaktigt sätt. Sist men inte minst har Lunds Energis prissättning i strid med instruktionerna därtill gjort det omöjligt för Kommunfastigheter att jämföra anbuden sinsemellan. Kommunfastigheter skulle rätteligen ha förkastat Lunds Energis anbud, men i stället har man valt att utvärdera detta anbud och att tilldela bolaget kontraktet. E.ON slutade på andra plats i upphandlingen och har därför, till följd av de ovan nämnda överträdelserna av LOU, lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Förvaltningsrätten kan vid sin bedömning i förevarande mål endast utgå från det underlag och övrig information som är direkt kopplat till den aktuella upphandlingen. De hänvisningar och påståenden som Kommunfastigheter gör rörande andra upphandlingar bör således sakna betydelse för förvaltningsrättens ställningstagande i målet.

**Kommunfastigheter** anser att yrkandet om ingripande enligt LOU ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunfastigheter har inte brutit mot de

grundläggande EU-rättsliga upphandlingsprinciperna. Kommunfastigheter har utvärderat anbuderna korrekt. Utvärderingen av anbuderna var att jämföra det prispåslag som de olika anbudsgivarna lämnat. Både E.ON och Lunds Energi har valt att koppla sitt naturgaspris till Nord Pool Gas. Anbudsgivarna har redovisat det påslag de vill ha. Oriri Konsult AB, som bistått Kommunfastigheter med att utvärdera anbudet samt skrivit upphandlingsunderlaget, har använt samma text vid en upphandling av naturgas till en annan naturgaskund i Skåne. I den upphandlingen har E.ON valt, helt korrekt, att inte inkludera nedan specificerade nämnda kostnader i sitt anbud i början av juni 2012, utan valt att dessa ska hanteras separat. Del av anbudsunderlaget till denna naturgaskund är lika den som är i punkten 4.4 i Kommunfastigheters förfrågningsunderlag. De kostnader som E.ON vill göra gällande ingår i E.ON:s anbud och som inte har efterfrågats är:

1. Förbrukningsenergiavgift
2. Volumenbetalning
3. Kapacitetsbokning till Sverige

E.ON inkom i början av juli 2012 med ett anbud till ytterligare en annan naturgaskund. I det inkomna anbudet specificerade E.ON tydligt att ovan nämnda tillkommande kostnader tillkommer, d.v.s. förbrukningsenergiavgift, volumenbetalning och kapacitetsbokning till Sverige, och inte "bakas in" i priset till kund. Kommunfastigheter har följaktligen svårt att förstå varför det föreligger olika tolkningar av förfrågningsunderlaget från fall till fall/kund, dels inom bolaget och dels på handläggarnivå. Ett korrekt sätt att tolka anbudsunderlaget är att tillkommande kostnader inte ska ingå i pris-påslaget.

## **DOMSKÄL**

### **Bestämmelser**

En upphandlande myndighet 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 iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

### **Förfrågningsunderlaget**

I förfrågningsunderlagets punkt 3.3.1 anges följande.

”Följande kriterier kommer att ligga till grund för utvärderingen:

Pris – Staffanstorps Kommunfastigheter AB kommer att anta den anbudsgivare som uppfyller ovanstående kriterier och lämnat det lägsta priset.

För att utvärdera lägsta pris, dvs lägsta prispåslag och börspris, (se 4.4) skall i anbudsformuläret lämnas priser, SEK/MWh. För att jämföra olika börsplatser och prispåslag ombes anbudslämnaren ange ett totalt naturgaspris, börspris och prispåslag exklusive skatter etc (se 4.4), för april månad 2012, i anbudsformuläret, bilaga 2. Anbudsgivaren skall tillhandahålla data för framräknande av naturgaspriset under aktuell tidsperiod.”

Vidare anges i förfrågningsunderlagets punkt 4.4 bl.a. följande.

”Prispåslag för att leverera naturgas skall anges i SEK/MWh.

Offererade priser/prispåslag skall:

Inkludera inköpskostnad, handelsavgifter, kreditkostnader och administrationskostnader. Anges exklusive nätavgifter, anges exklusive mervärdes-, koldioxid- och energiskatt.

Innehålla samtliga kostnader för balansansvar och eventuella lager- och transportkostnader som inte ingår i nätägarens nätavgifter/överföringsavgifter. Innehålla alla övriga med leveransen förknippade kostnader för fullgörande av åtagandet, utan förbehåll för indexeringar, fakturerings-, expeditionsavgifter etc. Anbudslämnaren skall lämna länk till börs vars naturgaspriset kopplas till.”

### **Förvaltningsrättens bedömning**

E.ON anser att vinnande anbudsgivares anbud inte uppfyller i upphandlingen uppställda obligatoriska krav och därför skulle ha förkastats. Detta då Lunds Energi inte inkluderat kapacitetsbokningskostnaden i det efterfrågade prispåslaget, vilket E.ON menar skulle ha gjorts då det enligt E.ON rör sig om en sådan lager- och transportkostnad som ska inkluderas däri enligt förfrågningsunderlaget, utan i stället felaktigt redovisat det som en del av börspriset.

Ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i en upphandling får inte antas. En förutsättning för att kunna förkasta ett anbud med hänvisning till att det inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav är att detta/dessa krav tydligt framgår i förfrågningsunderlaget. I det i målet aktuella förfrågningsunderlagets punkt 4.4 anges vad prispåslaget ska inkludera/innefatta. Bl.a. framgår att eventuella lager- och transportkostnader som inte ingår i nätägarens nätavgifter/överföringsavgifter ska ingå. Kommunfastigheter uppger att kapacitetsbokningskostnaden inte är en kostnad som efterfrågas såvitt avser prispåslaget. Den aktuella kapacitetsbokningskostnaden avser Energinet D.K:s avgift för bokning av kapacitet. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte anses framgå av förfrågningsunderlaget, utifrån skrivningen i punkten 4.4, att kostnaden ifråga ska inkluderas i det angivna prispåslaget. Skäl att förkasta Lunds Energis anbud med hänvisning till att kapacitetsbokningskostnaden inte inkluderats i prispåslaget föreligger därmed inte.

Utvärderingsgrunden i aktuell upphandling är lägsta pris. Av förfrågningsunderlaget framgår att med lägsta pris avses summan av prispåslag och börspris. Anbudsgivarna skulle lämna börspris för april månad 2012 och en länk till den börs som naturgaspriset kopplas till. Såväl E.ON som Lunds Energi har hänvisat till samma börs (Nord Pool Gas). Det angivna börspriset för april månad 2012 skiljer sig trots detta åt mellan de båda anbudsgivarna. E.ON har angivit att börspriset är 220,21 SEK/MWh, medan Lunds Energi har angivit att börspriset är 245,29 SEK/MWh. Lunds Energi har i sitt angivna börspris inräknat kostnad för kapacitetsbokning med 1,88 SEK/MWh. Enligt förvaltningsrätten är kapacitetsbokningskostnaden inte en kostnad som ska inkluderas i börspriset, vilket E.ON påpekat. Detta styrks av att det i anbudsjämförelsen/utvärderingsprotokollet anges att bl.a. kapacitetsbokning till Sverige är en kostnad som tillkommer (utöver börspris och prispåslag) från samtliga anbudsgivare och varierar mellan 0,2 och 1 öre/kWh beroende på auktionsförfarande i DK. Skillnaden vad gäller angivna börspriser kan emellertid endast delvis tillskrivas det faktum att Lunds Energi i sitt angivna börspris inkluderat en kapacitetsbokningskostnad. Det framstår därmed som troligt att varken E.ON eller Lunds Energi angivit rätt börspris för april månad 2012. Av utvärderingsprotokollet framgår att en justering gjorts för att likställa anbuden och att båda anbudsgivarna tillgodoräknats samma börspris vid utvärderingen. Detta börspris är detsamma som det som Lunds Energi angivit (avrundat), i vilket alltså en kapacitetsbokningskostnad inräknats. Det kan därför ifrågasättas om det är det rätta börspriset för april månad 2012 som använts av Kommunfastigheter vid utvärderingen. Detta har emellertid saknat betydelse för utfallet av utvärderingen eftersom börspriset rimligen är detsamma för de båda anbudsgivarna då de kopplat sina priser till samma börs (NPG). E.ON kan följaktligen inte anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada av hur börspriset har beräknats vid utvärderingen. Prispåslaget har därmed i praktiken varit det som varit avgörande för utgången av utvärderingen av lägsta pris. Såsom förvaltningsrätten funnit ovan kan det av förfrågningsunderla-

get inte utläsas någon skyldighet att inkludera kapacitetsbokningskostnad i prispåslaget. Vad E.ON anført om Lunds Energis redovisade priser och Kommunfastigheters utvärdering utgör alltså enligt förvaltningsrättens bedömning inte grund för ingripande enligt LOU.

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



Ola Brändström





# 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 var till 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 uppge 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