



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2013-05-17
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
298-13 E
349-13 E
350-13 E
351-13 E
352-13 E

SÖKANDE

Skanska Asfalt och Betong AB, 556793-1638
c/o Skanska Sverige AB
169 83 Solna

Ombud: Jur.kand. Diana Tomicic Nilsson
Turning Torso
211 15 Malmö

MOTPART

1. Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

2. Övik Energi Aktiebolag, 556019-1750
Box 11
891 21 Örnsköldsvik

3. Miljö och Vatten i Örnsköldsvik Aktiebolag, 556767-2695
Box 385
891 28 Örnsköldsvik

4. Örnsköldsviks Hamn och Logistik AB, 556031-7280
Järvedsleden 4
891 60 Örnsköldsvik

5. Örnsköldsvik Airport AB, 556838-9968
Västanå 100
896 91 Husum

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013-05-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 55438

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:

forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun, Övik Energi Aktiebolag, Miljö och Vatten i Örnsköldsvik Aktiebolag, Örnsköldsviks Hamn och Logistik AB och Örnsköldsvik Airport AB (härefter **kommunen**) genomför en upphandling av leverans av grus och krossprodukter (dnr A 12-065 F). Upphandlingen består av fem olika delar som vardera avser ett särskilt geografiskt område. Del Centrum är en av dessa delar. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Av tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll framgår att det finns två godkända anbud avseende del Centrum. Det ena anbudet har lämnats av Gidmarks Grusförädling Aktiebolag och det andra av Skanska Asfalt och Betong AB. Kommunen har antagit Gidmarks Grusförädling Aktiebolags anbud med motiveringen att deras anbud har lägst pris.

YRKANDEN M.M.

Skanska Asfalt och Betong AB (bolaget) begär överprövning i den del som avser Centrum och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Genom upphandlingen upphandlas grus och krossprodukter. Transport av grus och krossprodukter upphandlas däremot inte men kostnaden för transport ingår i anbudssumman. Kostnaden för transport är en betydande del av anbudssumman. I förfrågningsunderlaget har kommunen anvisat en fiktiv plats som anbudsgivarna ska använda för uträkningen av transportkostnaden. Enligt upphandlingen kommer grus och krossprodukter inte att levereras till den fiktiva platsen. Inte heller kan grus och krossprodukter förväntas transporteras till den fiktiva platsen. Produkterna förbrukas i praktiken inte i stadens mitt utan nästan uteslutande i bostadsområdena runt omkring Örnsköldsvik. Kommunens val av en fiktiv plats medför att den transportkostnad som ingår i anbudssumman blir missvisande och inte stämmer överens med den transportkostnad som kommer att uppstå i verkligheten. Kommunen borde i stället ha använt en utvärderingsmodell som baseras på transporter till platser dit grus och krossprodukter kommer att ske eller platser dit grus och krossprodukter förväntas

att ske baserat på tidigare erfarenhet och framtida beräknad uppskattning. Detta hade gett en mer rättvisande bild av verkligheten vilket gjort att kommunen kunnat räkna ut ett mer rättvisande lägsta pris. I tidigare upphandlingar har kommunen använt en sådan modell. Med denna mer verklighetstroga modell har bolaget ett kortare transportavstånd vilket skulle medföra att bolaget fått lägst pris i upphandlingen.

Genom att kommunen i stället använt en fiktiv plats som inte motsvarar verkligheten har kommunen brutit mot principen om likabehandling. Detta eftersom den utvärderingsmodell kommunen valt i praktiken gynnar vissa leverantörer, i detta fall den vinnande anbudsgivaren, som har närmast till den fiktiva platsen utan att leverantören faktiskt har närmast till de platser dit gruset enligt tidigare erfarenhet och framtida förväntningar kommer att transporteras. Dessutom bryter kommunens användande av en fiktiv plats mot proportionalitetsprincipen. Genom att inte ta hänsyn till faktisk eller uppskattad förväntad slutlig plats för transportererna utan välja en plats där det redan från början står klart att inget material kommer att transporteras, har modellen inte varit ägnad att leda till att det avsedda syftet uppnås. Det avsedda syftet kan inte ha varit annat än att räkna ut faktiskt lägsta pris och att säkerställa att kommunen får upphandlade produkter till faktiskt lägsta pris.

Kommunen yrkar att ansökan avslås och att avtalsspärren hävs. Kommunen anför i huvudsak följande. Kommunen har följt LOU:s grundläggande principer. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur utvärderingen kommer att ske. Utvärderingsmodellen är transparent och behandlar anbudsgivare på ett rättvisande sätt. Eftersom transporten är en stor del av totalkostnaden måste transportkostnaden räknas med i totalkostnaden. Om hänsyn inte tas till transportkostnaden riskerar kommunen att inte få grus och krossprodukter till lägsta pris. Det är omöjligt för kommunen att fyra år i förväg peka ut de platser där grus och krossprodukter kommer att an-

vändas. Kommunen vet att behoven kommer att uppstå i centrum men inte var, när eller hur. Anbudsvinnaren kommer förmodligen leverera grus och krossprodukter lika många gånger till alla vädersträck runt om den fiktiva platsen. Den fiktiva plats kommunen valt är den för område Centrum mest centrala platsen på kartan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.3 framgår att upphandlingen omfattar inköp av sand och grusmaterial. Av de kommersiella villkoren punkt 5.1 framgår att kommunen ska hämta grus och krossprodukter med egna eller inhyrda bilar och anbudsgivaren ska ange hämtningsställe för respektive materialsort. Leveransvillkoren anges i punkt 5.2. Alt. 1 Hämtas på angiven hämtningsplats, fritt bil enligt prisbilaga. Alt. 2 Fritt lossat anvisad arbetsplats med frakttillägg enligt prisbilaga. Av förfrågningsunderlaget punkt 3.3 framgår att kommunen ska anta det anbud som har lägst pris. För att kunna avgöra vilket anbud som har lägst pris ska anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget punkt 3.2 i sitt anbud uppge totalkostnaden för gru-

set och krossprodukterna genom att addera kostnaden per ton med kostnaden för transporten till en bestämd fiktiv plats.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principerna som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Kommunen genomför en upphandling av grus och krossprodukter. Upphandlingen syftar till att kommunen ska anta det anbud som har lägst pris. Av utredningen i målet framgår att kostnaderna för transport är en stor del av totalkostnaden varför denna kostnad måste tas med i beräkningen för att kommunen ska kunna fastställa det anbud som har lägst pris. För att beräkna kostnaderna för transport har kommunen bestämt att anbudsgivarna i sitt anbud utgå från en centralt belägen fiktiv plats i område Centrum. Bolaget har ifrågasatt valet av plats och gör gällande att kommunens val av plats strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt bolaget borde kommunen ha använt en annan plats baserad på erfarenhet och uppskattningar av var gruset och krossprodukterna kommer att användas för att kunna fastställa det i verkligheten lägsta priset.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Kommunen har anfört att anledningen till att kommunen valt den fiktiva platsen är för att kommunen på förhand inte vet var gruset och krosspro-

dukterna kommer att användas. Enligt kommunen kommer gruset och krossprodukterna antagligen att användas runt om i hela området. Det är i målet ostridigt att någon leverans till den fiktiva platsen inte kommer att ske. Enbart denna omständighet innebär dock inte enligt förvaltningsrätten att valet av plats strider mot proportionalitetsprincipen. Mot bakgrund av att kommunen på förhand inte vet var gruset och krossprodukterna kommer att användas samt då kommunen valt att utgå från en centralt belägen plats finner förvaltningsrätten inte att valet av den fiktiva platsen kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har även anfört att den utvärderingsmodell som kommunen använder strider mot likabehandlingsprincipen eftersom den gynnar den leverantör som har kortast avstånd till den fiktiva platsen.

Rättsläget får tolkas som att de upphandlande myndigheterna ges en relativt stor frihet vid sitt val av utvärderingsmetod. En viktig förutsättning för detta är dock att tillämpningen av den aktuella utvärderingsmodellen inte får medföra att de grundläggande principerna för offentlig upphandling överträds.

Principen om likabehandling innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska således ges så lika förutsättningar som möjligt.

Förvaltningsrätten kan konstatera att valet av den fiktiva platsen innebär att den leverantör som har närmare till den fiktiva platsen har större möjlighet att komma i fråga för kontrakt. Enligt förvaltningsrättens bedömning är detta emellertid en naturlig följd av det eftersträvade syftet och enbart denna omständighet innebär inte att kommunens val av plats strider mot likabehandlingsprincipen.

Eftersom den fiktiva platsen är densamma för samtliga leverantörer och då det inte framkommit att någon anbudsgivare otillbörligt särbehandlats av kommunen under upphandlingsförfarandet finner förvaltningsrätten att kommunens val av plats inte kan anses strida mot principen om likabehandling.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte visar att den av kommunen valda fiktiva platsen innebär att utvärderingsmodellen skulle vara utformad på ett sådant sätt att den kan anses strida mot bestämmelserna i LOU. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målen har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Lina Rosin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 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 3109/1C LOU