



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2017-12-11
 Meddelad i Falun

Mål nr
 4681-4683-17

SÖKANDE

Brenntag Nordic Aktiebolag, 556051-5974
 Box 50121
 202 11 Malmö

MOTPARTER

1. Söderhamn Nära AB, 556439-6447
2. Bollnäs Energi AB, 556712-5314
3. Gävle Kraftvärme AB, 556527-3512

Ombud: Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Brenntag Nordic AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 209162

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag-fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

YRKANDE M.M.

20-20-2015
Inköp Gävleborg genomför som ombud för Söderhamn Nära AB, Bollnäs Energi AB och Gävle Kraftvärme AB (i det följande benämnda De upphandlande enheterna) en upphandling av ramavtal avseende "Produktionskemikalier till fjärrvärmeverk" (ärendenr 6743). Upphandlingen, som är indelad i tre delområden och flera olika produktområden, genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). De upphandlande enheterna meddelade den 18 oktober 2017 att ramavtalet såvitt avser produktområdet ammoniak har tilldelats Yara AB (Yara) i samtliga delområden.

Brenntag Nordic AB (Brenntag) ansöker om överprövning såvitt avser produktområde ammoniak och anför i korthet följande. De upphandlande enheterna har inte beaktat de prisändringar som kommer att göras kvartalsvis för andra kvartalet (Q2 2018), utan av tilldelningsbeslutet kan utläsas att det pris Yara angett för det första kvartalet (Q1 2018) har multiplicerats med årsvolymen. Indexregleringen i anbudet utvärderas inte utan detta blir en fråga för förhandling vid avtalsskrivning, vilket står i strid med de grundläggande principerna för upphandling. De upphandlande enheterna har inte heller valt det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt sett över hela avtalsperioden. Upphandlande enheter har vidare en skyldighet att ifrågasätta anbud med misstänkt låga priser och att förkasta sådana anbud om förklaringen inte är tillfredsställande.

De upphandlande enheterna bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning**

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Brenntag anför är visat att De upphandlande enheterna brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att Brenntag lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Vad parterna anför

Brenntag framför bl.a. följande. De upphandlande enheterna har vid tilldelningen inte beaktat de prisändringar som enligt upphandlingsdokumenten kommer att göras kvartalsvis för Q2 2018. I upphandlingen saknas fasta villkor för prissättningen under hela avtalsperioden som är 2 + 2 år. Vid prisändringar inför Q2 2018 är det endast den valda leverantören som kan delta i förhandlingarna. De upphandlande enheterna har verifierat att indexreglering i anbudet inte utvärderas utan att detta blir en fråga för förhandling vid avtalsskrivning. Både Yara och Brenntag har angett formler som innebär en prisjustering som utgår från förändring i råvarupris (Ammoniak 100 %, enligt index Fertecon NW Europé). Från och med Q2 2018 och under hela avtalsperioden kommer den rörliga delen i priset att vara densamma för både Yara och Brenntag då samma kalkyl används för beräkning av priset. Priset för ammoniak omfattar en rörlig del baserad på råvaruprisets utveckling och en fast del som bl.a. inkluderar frakt, produktionskostnader och administration. Yara har för det första kvartalet angett en rörlig del som ligger långt under det aktuella priset enligt Fertecon NW Europé. I Yaras anbud är denna del av totalpriset 251 kr/ton. Någon referens till Fertecon NW Europé notering eller valutakurs finns inte angiven. Brenntags anbud, som baseras

på Fertecon NW Europé och dollarkurs vid anbudsinlämnandet, ger en rörlig del på 470 kr/ton. Yara har således tilldelats kontraktet baserat på ett lågt ingångspris under det första kvartalet 2018, trots att den fasta delen i Brenntags pris ligger 210 000 kr lägre, sett över hela avtalsperioden.

De upphandlande enheterna har å sin sida anfört bl.a. följande. Anbudsgivarna har fått kryssa i att de uppfyller kravet i punkten 4.2.1 i upphandlingsdokumenten och har fått möjlighet att lämna förslag på hur prisändring kan ske. Kommentarererna från anbudsgivarna utvärderas inte, utan hanteras som ett förslag till grund för prisändringar. Ett anbud som lämnats utifrån förslaget i punkten 4.2.1 kan inte förkastas. Tilldelningskriteriet i upphandlingen var pris. Samtliga anbudsgivare har lämnat in sina anbudspriser under de förutsättningarna - fritt levererat till respektive beställare med fast pris under avtalets första tre månader enligt punkten 3.3 Utvärdering. Anbudsgivarna har lämnat ett fast pris för avtalets första kvartal och därefter kommer priset ändras med den procentuella skillnaden av Fertecon NW Europé och dollarkurs vid avtalsstart jämfört med justeringstillfälle (tre månader efter avtalsstart).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I upphandlingsdokumenten punkten 4.21 Prisändringar, vilken återfinns bland avtalsvillkoren och uttrycks som ett ska-krav, anges följande: Fast pris exklusive moms gäller i 3 månader efter avtalsstart och därefter kan prisändring vara möjlig. Anbudsgivare lämnar förslag till bas för prisändringar, t.ex. Harriman Nordic eller annat marknadsindex. Leverantörens förslag till prisändringar meddelas skriftligen till Köparen. Godkänner Köparen ändringarna träder dessa i kraft 30 dagar efter det att Leverantörens prisändringssmeddelande mottagits.

Av Yaras anbud framgår att bolaget har godkänt samtliga avtalsvillkor samt under punkten 4.2.1 kryssat i den aktuella rutan för att kravet uppfylls. Av

Yaras anbud framgår vidare att bolaget har lämnat ett pris per enhet (ton) som sedan har multiplicerats med den i upphandlingsdokumenten uppgivna årsförbrukningen för respektive delområde. Yara har även i kommentarsfältet lämnat förslag till bas för prisförändringar för ammoniaklösning som börjar gälla tre månader efter avtalsstart. Förvaltningsrätten gör bedömningen att Yaras anbud därmed får anses vara lämnat helt i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingsdokumenten i dessa delar.

Vad gäller utvärderingen konstaterar förvaltningsrätten att De upphandlande enheterna i upphandlingsdokumenten har angett att anbud med lägst pris per delområde kommer att antas (punkten 3). I upphandlingsdokumenten anges vidare att kontrakt kommer att tilldelas den anbudsgivare som kommit in med lägst pris per produkt och per delområde efter att samtliga ska-krav är uppfyllda, att anbudsgivare kan lämna pris på alla delområden eller endast på ett samt att det anbudet med lägst pris på respektive delområde (Gävle, Bollnäs, Söderhamn) kommer att antas (punkten 3.3 Utvärdering). Av utredningen i målen framgår att Yara är den anbudsgivare som har offererat lägst pris för produkten ammoniak i samtliga delområden. De upphandlande enheterna kan därmed inte anses ha frångått den grund för tilldelning som angetts i upphandlingsdokumenten då man tilldelat ramavtalet till Yara i de ifrågasatta delarna. Förvaltningsrätten anser inte heller att De upphandlande enheterna kan sägas ha förfarit i strid med LUF genom att enbart utvärdera det fasta pris som enligt förutsättningarna i upphandlingsdokumenten ska gälla under avtalets första tre månader.

Förvaltningsrätten kan utifrån vad Brenntag har fört fram gällande Yaras anbudspris inte heller finna att De upphandlande enheterna har förfarit i strid med 15 kap. 7 § LUF då de inte uppfattat Yaras anbud som onormalt lågt.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Brenntag inte har förmått visa att De upphandlande enheterna har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LUF eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF varför ansökan om överprövning ska avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1 C LOU).

Eva Karlsson Helghe
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.