

KLAGANDE

AB Svenska Shell, 556011-2111
Gustavslundsvägen 18
167 80 Bromma

Ombud: Jur.kand. Alexander Gottsén
Wistrand Advokatbyrå Stockholm KB
Box 70393
107 24 Stockholm

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Västerbottens läns dom den 8 december 2008 i mål nr 1975-08, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

AB Svenska Shell (bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att Umeå kommuns upphandling av drivmedel stationstankning ska göras om. Till grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Proportionalitetsprincipen är även tillämplig när den upphandlande enheten bestämmer vilken betydelse olika utvärderingskriterier ska tillmätas vid offentlig upphandling. I förevarande fall har reduktionsvärdets storlek medfört att anbudsgivarna, däribland bolaget, redan på förhand har kunnat förutsäga resultatet av upphandlingen. Länsrätten har i sin dom funnit att eftersom det totala reduktionsvärdet är begränsat i förhållande till kontraktssumman och de faktiska anbudspriserna så har inte proportionalitetsprincipen trätts för när. Av detta följer att upphandlande myndigheter ges möjlighet att styra över upphandlingarnas resultat genom att tillmäta vissa förutbestämda kriterier en oproportionerligt stor vikt i förhållande

- Klaganden/Ombudet
- Motparten/Ombudet
- Skatteverket
- Allmänna ombudet
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Konkurrensverket
- För delgivning
- För kännedom
- För verkställighet

Dok.Id 51922

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 714	Södra Tjörngatan 2	060-18 66 00	060-18 66 52	måndag – fredag
851 21 Sundsvall		E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se		09.00-12.00
		www.kammarrattenisundsvall.se		13.00-15.00

till t.ex. lämnade priser vid utvärdering av anbud. Länsrätten har i domen accepterat kommunens uppgifter och inte på egen hand gjort en självständig bedömning av om de av kommunen vidtagna åtgärderna åsidosatt proportionalitetsprincipen. Det har funnits mindre ingripande alternativ för kommunen, t.ex. genom att fördela reduktionsvärdet efter de volymer som de upphandlande myndigheterna köper eller utifrån de områden där den största delen av tankningen sker.

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

DOMSKÄL

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.

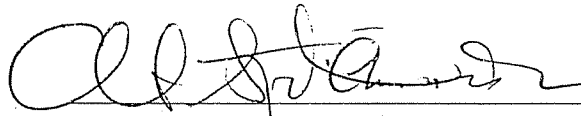
Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

De upphandlande myndigheterna har i förevarande fall cirka 410 fordon som behöver tankas i genomsnitt 21 gånger per år. Bedömningen har gjorts från upphandlande myndigheternas sida att om 120 stycken av dessa fordon får åka fyra kilometer extra för att tanka skulle det kosta 20 minuter extra arbetstid för att utföra dessa tankningar. Mot bakgrund härav finner kammarrätten att kravet på att tappstationerna är spridda och tillgängligheten är god har ett naturligt samband och står i proportion till att tillgodose att drivmedel upphandlas till så lågt pris som möjligt. Det har vidare inte visats att det reduktionsvärde av anbudspriset som enligt förfrågningsunderlaget tilldelas leverantörerna efter hur väl detta krav uppfyllts skulle gå utöver vad som behövts eller varit ändamålsenligt för upphandlingen i fråga. Överklagandet ska därmed avslås.

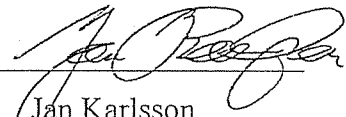
DOMSLUT

Kammarrätten avslår överklagandet.

Hur man överklagar, se bilaga (formulär 1).



Christer Sjödin
lagman



Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent

Jan Karlsson
kammarrättsassessor



LÄNSRÄTTEN
I VÄSTERBOTTENS LÄN
 Föredragande
 Christina Röckner

DOM
2008-12-08
 Meddelad i
 Umeå

Mål nr
 1975-08 E
 Kansli 3

Bilagor A

SÖKANDE

AB Svenska Shell, 556011-2111
 Gustavslundsvägen 18
 167 80 Bromma

Ombud: Alexander Gottsén
 Wistrand Advokatbyrå Stockholm KB
 Box 70393
 107 24 Stockholm

MOTPART

Umeå kommun
 901 84 Umeå

SAKEN

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

Umeå kommun (kommunen) har infortrat anbud avseende Drivmedel stationstankning (dnr 08073) och, förutom avseende leveranser i Holmsund och Hörnefors, beslutat att anta det anbud som lämnats av OKQ8 AB. Upphandlingen avser även Sorsele kommun, Västerbottens Museum AB, Umeå Parkering AB, Umeå Kyrkliga samfällighet och Umeå Energi. – Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

AB Svenska Shell (bolaget) yrkar i länsrätten att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 7 november 2008 har länsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. (12 kap. 1 § första och andra styckena 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

Kommunens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunens utvärderingsmodell innebär att från anbudsgivarnas anbudspriser görs ett prisavdrag om högst 300 000 kr relaterat till hur väl kriteriet Stationsplacering (Geografisk spridning av tappstationer, både bemannade och obemannade) uppfylls. För

att få 2 poäng (300 000 kr i reducering) ska leverantören ha mycket bra geografisk spridning inom stadsdelar och berörda orter på sina stationer. För 1 poäng (150 000 kr i reducering) ska leverantören ha en bra geografisk spridning inom stadsdelar och berörda orter på sina stationer. För 0 poäng (0 kr i reducering) har leverantören liten geografisk spridning inom stadsdelar och berörda orter på sina stationer.

Av kommunens tilldelningsbeslut med bilagor framgår följande. Anbud från tre anbudsgivare (AB Svenska Shell, OKQ8 AB och Statoil Detaljhandel AB) har utvärderats.

	Anbudspris	Reduktion	Utvärderingspris	Rang
OKQ8	5 715 800 kr	150 000 kr	5 565 800 kr	1
Statoil	5 747 100 kr	150 000 kr	5 597 100 kr	2
Shell	5 681 600 kr	0 kr	5 681 600 kr	3

Parternas anföranden

Bolaget anför. Drivmedel är en av Sveriges mest konkurrensintensiva branscher. Motorbensin (inkl. diesel och E85) är en homogen produkt som saknar substitut. Konkurrensen på drivmedelsmarknaden är intensiv och det främsta konkurrensmedlet är de rabatterbjudanden som bolagen kan lämna sina kunder. De stora volymer som omsätts på den relevanta marknaden gör att även små skillnader i pris och erbjudna rabattnivåer får stort genomslag på bolagens marginaler. Samtidigt står det klart att utrymmet för stora pris-skillnader i praktiken är obefintligt. Det är allmänt känt att marknaden för drivmedel är en oligopolmarknad. Det är mot denna bakgrund som upphandlingsföreskrifternas utvärderingsmodell ska uppfattas. En anbudsgivare med många stationer i det aktuella området får fler poäng än anbudsgivare med färre stationer. En anbudsgivare som får 0 poäng, medan närmaste konkurrenten får 1 poäng, är således redan från start 150 000 kr efter konkurrenten. I det aktuella området har t.ex. OKQ8 fler stationer än bolaget

som har tre stationer. Det betyder att redan före det att anbudet lämnades in var bolaget medvetet om att det skulle vara minst 150 000 kr efter anbudsgivare med fler stationer. – Den volym som ska upphandlas är omkring 440 000 liter (200 000 liter bensin, 180 000 liter diesel, 60 000 liter E85 per år). Vid ett antagande om att bolaget eller annan anbudsgivare är minst 150 000 kr efter konkurrenterna efter utvärderingen av antalet stationer måste den anbudsgivare som vill kompensera detta lämna en större rabatt än konkurrenterna om motsvarande 35 öre per liter. Det ska jämföras med att rabattskillnaderna i motsvarande och större upphandlingar inte överskrider 5 öre per liter. – Anbud ska lämnas i öre/liter. Reduktionsvärdets storlek bör dock inte fastställas mot kontraktssumman utan mot det rabattvärde som lämnas. – Det kan konstateras att reduktionsvärdet får ett oproportionerligt stort genomslag i förhållande till priset. I praktiken får priset en mycket begränsad betydelse och antalet stationer blir utslagsgivande. Detta snedvrider konkurrensen eftersom endast OKQ8 och i viss utsträckning Statoil har en reell möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Någon hänsyn har heller inte tagits till att de medverkande upphandlande myndigheternas inköp av drivmedel skiljer sig väsentligt åt i fråga om volym.

- Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Av EG-domstolens praxis framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska göras en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ, och för det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas. - Vad gäller den första frå-

gan är åtgärden att i förevarande upphandling använda sig av ett reduktionsvärde för stationsplacering nödvändig för att uppnå det förmodade eftersträvade syftet att säkerställa att det inom det geografiska område som upphandlingen omfattar finns drivmedelsstationer inom relativt korta avstånd. Vad gäller den andra frågan hade en mindre ingripande åtgärd varit att, mot bakgrund av marknadssituationen, tillmäta reduktionsvärdet mindre betydelse. Det hade även varit fullt möjligt för kommunen dels att fördela reduktionsvärdet utifrån de volymer som de upphandlande myndigheterna köper, dels att utgå från fordonens normala startplats och upptagningsområde alternativt utifrån de områden där den största delen av tankningen sker. I den nu aktuella upphandlingen har inte skillnaden i förbrukning och upptagningsområde mellan de olika upphandlande myndigheterna tillerkänts någon betydelse. Det har således funnits möjligheter för den upphandlande myndigheten att uppnå det eftersträvade syftet genom mindre ingripande alternativ. Vad gäller den tredje frågan innebär, i enlighet med vad som tidigare redogjorts för, det reduktionsvärde som den upphandlande myndigheten använt sig av att upphandlingen redan är avgjord innan anbud lämnas. Samma anbudsgivare kommer alltid att erhålla kontraktet eftersom möjligheterna till så omfattande priskonkurrens som reduktionsvärdet förutsätter är obefintliga. Det hade varit fullt möjligt för den upphandlande myndigheten att tillerkänna antalet stationer ett mindre reduktionsvärde för att bibehålla en effektiv konkurrens. Reduktionsvärdets nuvarande storlek medför således att en effektiv konkurrens omintetgörs. – Kommunen har tillmätt stationsplacering ett för stort reduktionsvärde som strider mot kraven på proportionalitet och snedvridit konkurrensen eftersom det har funnits mindre ingripande alternativ. – Kommunens överträdelse av LOU medför skada för bolaget.

Kommunen anför. Vid upphandlingen har utvärderingsformen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna Pris och Stationsplacering använts. En utvärderingsmodell med reduktionsvärde har använts. Av förfrågningsunderlagets Svarsbilaga utvärdering framgår att bedömning av kriteriet Stationsplacering görs avseende leverantörens geografiska spridning inom stadsdelar och berörda orter. Kommunen ser således ett mervärde i att stationerna är spridda och att tillgängligheten därmed är god. – Vid bestämmande av reduktionsvärde bedömdes flera faktorer; antal fordon, ungefärlig snittförbrukning, hur många kilometer fordonen körs per år osv. Resultatet av denna bedömning blir ett antal tanknings-tillfällen. De upphandlande myndigheterna har cirka 410 fordon innefattande personbilar, lätta lastbilar, lastbilar, gräsklippartraktorer, traktorer osv. Bedömningen var att de skulle behöva tanka i genomsnitt cirka 21 gånger per år. Om 120 stycken av dessa fordon får åka fyra kilometer extra för att tanka gjordes bedömningen att det skulle behövas 20 minuter extra arbetstid för att utföra dessa tankningar. Kostnaden för detta, i form av kostnader för arbetstid och driftkostnader för fordonet, bedömdes till 125 kr per tillfälle. Totalt blir det 315 000 kr. Mot bakgrund av dessa antaganden sattes det totala reduktionsvärdet till 300 000 kr. Därefter gjordes en bedömning av hur stor del av det beräknade upphandlingsvärdet som reduktionsvärdet står för. Uppskattningsvis var värdet i denna upphandling cirka 5-6 miljoner kr vilket betyder att det totala reduktionsvärdet blev 5-6 procent av den beräknade kontraktssumman. Ett reduktionsvärde om 5-6 procent av beräknad kontraktssumma är inte på något sätt anmärkningsvärt högt. – Sammanfattningsvis anser kommunen att upphandlingen är genomförd på ett sätt som inte strider mot de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Villkoren för upphandlingen har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. Samtliga krav och på vilket sätt utvärdering kommer att genomföras har också tydligt framgått. Förfrågningsunderlaget är framställt på ett sådant sätt att effektiv konkurrens har uppstått. Utgångspunkten för kommunen har varit det bästa för den egna verksamheten. Att leverantörer valt

olika affärsidéer och strategier för sin verksamhet kan inte kommunen ta ansvar för.

Länsrättens bedömning

Bolaget anför att kommunens utvärderingsmodell med ett reduktionsvärde om maximalt 300 000 kr för utvärderingskriteriet Stationsplacering innebär att det kriteriet tillmätts för stor betydelse varmed proportionalitetsprincipen överträds och konkurrensen snedvrids. Som stöd härför anför bolaget bl.a. att konkurrensen på drivmedelsmarknaden är intensiv och att utrymmet för stora prisskillnader i praktiken är obefintligt varför upphandlingen är avgjord redan innan anbud lämnats. Det ifrågasätts inte av bolaget att kommunen, för att uppnå det förmodade syftet att säkerställa att det inom det geografiska område som upphandlingen omfattar finns drivmedelsstationer inom relativt korta avstånd, använder sig av reduktionsvärde för kriteriet ifråga. Enligt bolagets mening borde dock reduktionsvärdet ha varit lägre och/eller ha utformats på annat sätt, bl.a. så att skillnaden i förbrukning och upptagningsområde mellan de olika upphandlande myndigheterna tillmätts betydelse. Kommunen menar att reduktionsvärdets storlek bygger på en ungefärlig uppskattning av, utifrån vissa antaganden, uppkomna merkostnader för extra körning vid tankning samt att det totala reduktionsvärdet endast uppgår till 5-6 procent av den beräknade kontraktssumman. Länsrätten noterar att det totala reduktionsvärdet är tämligen begränsat i förhållande till den beräknade kontraktssumman och även till de faktiska anbudspriserna. Reduktionsvärdet hänför sig vidare till ett kriterium som måste anses angeläget vid en upphandling av förevarande slag. På grund av det anförda finner länsrätten, oaktat vad som anförs av bolaget om den hårda konkurrensen i branschen, att reduktionsvärdets storlek inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen eller på ett otillbörligt sätt ha en konkurrensbegränsande effekt. Vad som framkommit i målet ger enligt länsrättens

mening inte heller stöd för att reduktionsvärdets utformning skulle strida mot proportionalitetsprincipen eller ha en konkurrensbegränsande effekt, som är otillbörlig.

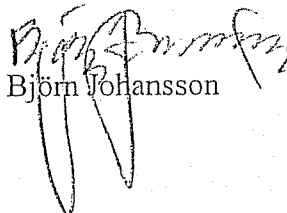
På grund av det anförda finner länsrätten att vad som uppgetts av bolaget inte medför att upphandlingen kan anses strida mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Härav följer att ansökan inte kan bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 7 november 2008.

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


Björn Johansson

Uppllysning: Överklagandetiden enligt bifogad bilaga är tre veckor. Den tid under vilken ett överklagande kan tas upp till prövning av kammarrätten kan dock bli kortare. En ansökan om överprövning av offentlig upphandling får nämligen normalt inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt avseende det som upphandlas. Kammarrätten får dock även om ett kontrakt föreligger normalt pröva ansökan till dess att tio dagar gått från det att länsrätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

