



KLAGANDE
Trafikverket
781 89 Borlänge

MOTPART
SITA Sverige AB, 556108-8393

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och biträdande jurist Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Faluns dom den 10 augusti 2015 i mål nr 1769-15, se bilaga A

SAKEN
Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2015 -11- 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Trafikverket yrkar att ansökan om överprövning avslås.

SITA Sverige AB anser att överklagandet ska avslås.

Trafikverket anför i huvudsak följande till stöd för sitt överklagande.

Påslaget om en krona per tonkilometer gjordes av ekonomiska och produktionstekniska skäl och inte av miljöskäl.

Endast i en av de underliggande upphandlingarna av totalentreprenaderna finns mängdförteckning där två olika poster har prissatts. I det ena fallet var det en förutsättning att avfallet skulle transporteras 25 kilometer och i det andra fallet 260 km. Vinnande anbudsgivare prissatte transporten med 1,54 kr respektive med 1,29 kr per tonkilometer. Anbudsgivarna skulle i det ena fallet förutsätta att avfallet skulle köras till SITA:s mottagningsstation, eftersom SITA vunnit tidigare upphandling. Den nu aktuella upphandlingen avser att ersätta detta avtal. Om transportererna i verkligheten skulle komma att ske till andra anläggningar bestäms i sista hand priset efter entreprenörens självkostnader för transporten jämte ett procentpåslag om 9 jämte 12 procent.

De andra entreprenaderna har ingen mängdförteckning som reglerar ersättningen för själva transporten av avfallet, men det finns angivet att ersättningen regleras enligt bestämmelserna i standardavtal som tillkommande eller avgående arbete. Entreprenörens anbud är alltså baserat på av verket angivna förutsättningar och ändras dessa förutsättningar regleras självfallet ersättningen till entreprenörerna i motsvarande mån.

Det är ett högst rimligt antagande att entreprenörernas självkostnad jämte procentpåslagen – och alltså vad verket har att betala entreprenörerna vid

ändrade förutsättningar avseende i förfrågningsunderlaget angiven transportlängd – uppgår till belopp som vida överstiger en krona per tonkilometer.

Det är inte möjligt att exakt räkna ut vad kostnadsändringen, plus eller minus, blir för verket om den faktiska transportsträckan ökar eller minskar i jämförelse med kalkylförutsättningen för entreprenören och därmed vad verket har att betala denne. Påslaget om 1 kr/tonkilometer är därför inte oproportionerligt utan motsvarar kostnadsändringen för varje tillkommande eller avgående transportkilometer jämfört med kalkylförutsättningen för entreprenören och därmed vad verket har att betala.

SITA Sverige AB anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Trafikverket har i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att det aktuella transportpåslaget skett av miljöskäl. Inom ramen för frågor och svar ifrågasattes påslaget av bl.a. bolaget och i svaren på de frågor som ställdes har verket uttryckligen angett att påslaget skett av miljöskäl. Samma orsak angavs i svaret på ansökan om överprövning. Om ekonomiska och produktionstekniska skäl verkligen legat bakom påslaget, borde detta ha framgått tidigare. Såsom bolaget tidigare redogjort för står det i strid med såväl nationella som EU-rättsliga upphandlingsregler att tillämpa miljökriterier på det sätt som skett.

Även om Trafikverkets egentliga skäl för transportpåslaget skulle ha varit ekonomiska och produktionstekniska skäl, så står påslaget i strid med proportionalitetsprincipen eftersom påslaget med råge överskrider de faktiska kostnaderna som verket har för transportererna.

Inget av avtalen för entreprenaderna innehåller transport per kilometer och ton som reglerbar mängd. Bolaget bestrider därför att Trafikverket skulle ha denna kostnad för transportererna. I avtalen finns däremot reglerbara mängder

för schakt av massor inklusive transport per ton. Den rätt till ersättning som entreprenörerna har påverkas alltså inte av transportsträckans längd.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

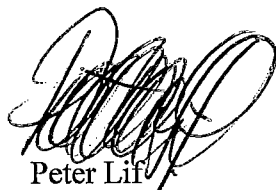
I målet är fråga om prispåslaget med transportkostnad vid utvärderingen kan anses ha varit förenligt med proportionalitetsprincipen.

Av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör också ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i andra delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Detta innebär inte att det eftersträvade syftet med ett ställt krav uttryckligen måste anges i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten har dock bevisbördan för att de krav som ställs inom ramen för en upphandling är förenliga med proportionalitetsprincipen.


Den nu aktuella upphandlingen avser mottagning av förorenade massor i samband med byggnadsentreprenadarbeten med den s.k. Marieholmsförbindelsen. Transporterna av massorna till mottagningsplatsen ska ombesörjas av tidigare upphandlade entreprenörer. SITA menar att Trafikverkets kostnader för transporterna till mottagningsplatsen, som alltså var okänd när entreprenörerna upphandlades, skulle vara densamma oberoende av transportsträckans längd. Trafikverket har numera redogjort för hur verket kommer att debiteras för dessa transportkostnader samt, i möjligaste mån, hur kostnaderna beräknats. Kammarrätten anser det sannolikt att debiteringen kommer att ske på det sätt som verket beskrivit. Det har inte framkommit tillräckliga skäl för att anta att prispåslaget är orimligt högt i förhållande till verkets faktiska kostnader. Mot denna bakgrund samt med hänsyn till vad som i övrigt framkommit om verkets

ekonomiska och produktionstekniska skäl för utvärderingskriteriet, finner kammarrätten att påslaget inte kan anses ha varit större än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Överklagandet ska därför bifallas.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lij
kammarrättsråd
ordförande



Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent



Anders Odmark
kammarrättsråd



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Förvaltningsrättsnotarien
Mikaela Johansson

DOM
2015-08-10
Meddelad i
Falun

Mål nr
1769-15

Bilaga A

SÖKANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och biträdande jurist Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför en upphandling av totalentreprenad avseende ”Mottagning av förorenade massor (2) inom Göteborgs kommun, Västra Götalands län” (ärendenummer TRV 2015/5202). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den 27 april 2015 beslutade Trafikverket att tilldela Ragn-Sells AB (Ragn-Sells) kontraktet.

SITA Sverige AB (SITA) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. SITA anför i korthet följande som grund för sin ansökan. Prispåslaget beroende på transportsträcka i utvärderingsmodellen är diskriminerande och är inte en lämplig och effektiv åtgärd för att tillgodose miljöhänsyn. Utvärderingsmodellen står i strid med likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen samt begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Bristerna i upphandlingen har medfört skada eller i vart fall risk för skada för SITA.

Trafikverket bestrider SITA:s yrkande om att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på. Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad SITA anført är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att SITA lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett

öppet sätt samt iaktta principer om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget, punkt UFB.52 "Värderingsgrunder vid provning av anbud", framgår bl.a. följande. Beställaren kommer att anta det anbud som har lägst pris. Med lägsta pris avses lägst jämförelsesumma. Jämförelsesumman beräknas genom att anbudsgivarens anbudssumma för mottagning av respektive halt MKM-FA och >FA adderas och belastas med en transportkostnad på 1 SEK/km per ton. Transportavståndet beräknas från mitten av Tingstadstunneln i Göteborg till anbudsgivarens mottagningsplats tur och retur. Jämförelsesumman = total anbudssumma + transportavstånd i km tur och retur * 1 kr * 45 000 ton. Beställaren kommer att teckna avtal med den anbudsgivare som har lägst jämförelsesumma enligt ovan.

I punkten 3 i den tekniska beskrivningen anges att av miljöskäl kommer en transportkostnad att belasta anbudsgivarens pris.

Likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering

SITA anför att kontrakt föremålet får utformas på det miljömässigt bästa sättet men kriterium avseende transportsträckans längd är inte tillåtna ens i situationer då en upphandlande myndighet kan visa att ett sådant kriterium skulle ha en positiv inverkan på miljön. SITA anför vidare. Miljöhänsyn som den upphandlande myndigheten vill ta måste vara relevanta, det vill säga att de ska ha ett naturligt samband med det som upphandlas, och inte vara onödigt långtgående i förhållande till sitt syfte. Att uppställa kriterier som premierar korta transportsträckor står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna då de får till följd att endast inhemska leverantörer som har omlastningsanläggningar eller deponier för slutlig avsättning i närheten av Tingstadstunneln kan komma i fråga för kontraktet. Utvärde-

ringsmodellen innebär även att konkurrensen begränsas på ett otillbörligt sätt.

SITA anser att det enda skälet till prispåslaget är miljöhänsyn, och att det inte finns ekonomiska eller produktionstekniska skäl till påslaget. SITA ifrågasätter även om transportsträckans längd påverkar de transportkostnader som Trafikverket har. Såvitt SITA känner till ersätts Trafikverkets entreprenörer med en fast ersättning per ton som innefattar såväl schaktning som transport av förorenade massor till mottagningsplats. Trafikverket har dock till SITA uppgett att transportpåslaget är schablonmässigt varför det alltså inte motsvarar de verkliga kostnader som Trafikverket anser sig ha.

Trafikverket har mot detta anfört att verket har ett långtgående ansvar för miljön och att det inte har uppställts krav på att avfallsmottagningen ska ligga nära platsen för hämtandet av avfallet men anbudsgivare har i utvärderingen premierats om de haft en avfallsmottagning på ett ställe som medför låga utsläpp vid avfallstransporterna.

Trafikverket har vidare anfört. Förutom miljöhänsynsskälet har Trafikverket ett ekonomiskt och produktionstekniskt skäl till prispåslaget. Transportsträckans längd mellan entreprenaden och mottagandet av avfallsmassorna påverkar kostnaderna för entreprenaden då entreprenören debiterar Trafikverket för transporten. Det är självklart att det innebär en fördyring om avfallet behöver transporteras till en plats långt bort och påslaget om 1 krona per tonkilometer motsvarar uppskattningsvis kostnaderna för transporten. Även möjligheten för entreprenören att effektivt utföra entreprenadarbeten och nyttjandet av resurserna påverkas eftersom schaktningsarbetet måste avslutas tidigare för att kunna leverera till mottagningsanläggningen innan den stänger. Detta påverkar kostnaderna för Trafikverket som beställare.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förarbetena framgår att likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen. Icke-diskriminering förutsätter alltså att anbudssökande eller anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som t.ex. företag från den egna kommunen (prop. 2006/07:128 s. 155).

Utvärderingsmodeller ska vara så utformade att de är ägnade att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref 50).

Upphandlande myndighet har stor frihet att närmare bestämma föremålet för en upphandling, men kraven i förfrågningsunderlaget måste vara kopplade till det som upphandlas. Kraven får inte framstå som godtyckliga eller uppenbart osakliga (jfr RÅ 2010 ref 78).

Upphandlande myndigheter har inte någon skyldighet att kompensera för sådana naturliga konkurrenshinder som t.ex. geografiska avstånd. En leverantör som befinner sig långt bort har till följd av högra transportkostnader naturligt svårare att konkurrera mot lokala leverantörer i en upphandling. Detta innebär inte i sig att leverantören har diskriminerats eller att likabehandlingsprincipen har överträtts. Om geografisk närhet däremot ställs upp som ett krav eller kriterium, utan att det har en godtagbar koppling till kontraktsföremålet, utgör det en överträdelse av de gemenskapsrättsliga principerna.

Den aktuella upphandlingen avser mottagning av förorenade massor som förväntas uppkomma i samband med schaktningar från den planerade Mariholmsförbindelsen i Göteborg. Transport av massorna till mottagningsplatsen ska ombesörjas av den entreprenör som Trafikverket tidigare upphandlat för utförandet av schaktentreprenaden. Den nu aktuella upphandlingen har därmed ett nära samband med schaktentreprenaden. Avståndet mellan platsen där de förorenade massorna ska fraktas ifrån och mottagningsplatsen får därför enligt förvaltningsrättens mening anses ha en relevant och godtagbar koppling till kontraktsföremålet både av ekonomiska och produktionstekniska skäl samt av miljöhänsyn. Värderingsgrunden framstår mot denna bakgrund som sakligt utformad. Förvaltningsrätten anser därför att SITA inte visat att likabehandlingsprincipen eller principen om icke-diskriminering överträts.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om värderingsgrunden är förenlig med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

SITA har i målet framfört följande. Det är avståndet till mottagningsplatsen som ligger till grund för prispåslaget oavsett om mottagningsplatsen är en omlastningsanläggning eller en anläggning för slutlig avsättning. Att av miljöhänsyn utvärdera transportavstånd till mottagningsplatsen framstår som ologiskt då avståndet till mottagningsplatsen inte säger någonting om hur långt massorna faktiskt kommer att transporteras. Leverantörer som har omlastningsanläggningar nära Tingstadstunneln, men den slutliga avsättningen på ett längre avstånd, premieras i förhållande till leverantörer som inte har omlastningsanläggningar. Trafikverket har haft möjlighet att uppställa krav på att anbudsgivarna ska redovisa plats för slutlig avsättning av massorna och skulle genom särskilda kontraktsvillkor kunna kontrollera att kravet efterlevs. Utvärderingsmodellen beaktar inte den negativa miljöpåverkan nyttjandet av lokala omlastningstillgångar har, såsom dubblerat

antal maskintimmar genom att massorna måste lastas och lossas ytterligare en gång, samt den negativa miljöpåverkan det i övrigt innebär att inrätta en avfallsanläggning utöver den som fordras för slutlig avsättning. Utvärderingsmodellen är därför inte en lämplig, effektiv eller nödvändig åtgärd för att syftet minsta möjliga miljöpåverkan ska uppnås utan oproportionerlig och överdriven.

Det föreligger andra skäl för prispåslaget än miljöhänsyn. Nivån på det aktuella prispåslaget har inte samband med någon kostnad som Trafikverket har för transporter och är inte baserad på någon beräkning av transporternas faktiska miljöpåverkan utan synes vara godtyckligt bestämd. En utvärderingsmodell som innehåller transportpåslag som överstiger den upphandlande myndighetens faktiska transportkostnader kan inte vara förenlig med proportionalitetsprincipen. Ragn-Sells använder sig normalt av en anläggning för slutlig avsättning som ligger 83 kilometer från Tingstadstunneln. Eftersom Ragn-Sells har en omlastningsanläggning endast tre kilometer från Tingstadstunneln blev dock prispåslaget endast 270 000 kr, medan SITA fick ett prispåslag med 12 150 000 kr. Varken Trafikverket eller SITA vet vilken anläggning Ragn-Sells kommer att använda för slutlig avsättning och den sträcka som SITA angett kan självfallet inte tillämpas då det skulle innebära att en annan utvärderingsgrund än den som angetts i förfrågningsunderlaget skulle tillämpas. Eftersom SITA offererat det lägsta priset och den utvärderingsmodell som Trafikverket tillämpat har lett till att en annan leverantör har tilldelats kontraktet har SITA lidit eller riskerat att lida skada.

Trafikverket har anfört att den aktuella grunden för SITA:s yrkande inte ska prövas av förvaltningsrätten då SITA inte lidit eller riskerar att lida skada om deras påstående skulle vara korrekt. I det fall Trafikverket vid utvärderingen tillämpat det transportavstånd som SITA anser vara korrekt för Ragn-Sells hade det bolaget ändå haft det lägsta jämförelsepriset. Den

för utvärderingen använda platsen för respektive anbudsgivares mottagning av avfallet låter sig inte bestämmas av var avfallet så småningom hamnar. Det går inte att få tillförlitliga uppgifter om slutförvaringsplatser för det aktuella avfallet. Det har dock ett miljövärde att det ökar sannolikheten att avfallet totalt sett kommer att transporteras en kortare sträcka om det i vart fall till en början tas om hand på en plats nära själva entreprenaden. Utvärderingskriteriet har således varit lämpligt, nödvändigt, effektivt och så lite ingripande som möjligt för att minska föroreningar från transporten av avfallet. Kriteriet får inte beaktansvärda negativa effekter på möjligheten att driva avfallsmottagningsanläggningar då det är ett berättigat värde att de ska ligga så nära som möjligt de platser varifrån avfall hämtas. Självklart finns det inte något allmänt accepterat korrekt belopp att ange för vad ökade utsläpp ska medföra i negativt mervärde. En krona per tonkilometer transportsträcka är rimligt och proportionellt. Även de ekonomiska och de produktionstekniska skälen till prispåslagen som tidigare anförts ska beaktas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet ska stå i rätt proportion till upphandlingens art (prop. 2006/07:128 s. 155).

Förvaltningsrätten instämmer i att värderingsgrunden inte säkerställer att de förorenade massorna faktiskt fraktas kortast möjliga avstånd och metoden tar inte heller hänsyn till andra faktorer, som SITA påtalat, som kan påverka miljön. Att sannolikheten ökar för att avfallet totalt sett kommer att transporteras en kortare sträcka om avfallet till en början tas om hand nära entreprenaden har inte visats av Trafikverket och även om så skulle vara fallet kan det inte anses vara ett godtagbart skäl för värderingsgrunden

med hänsyn till de stora konsekvenser prispåslaget får för de olika anbudens jämförelsesummor. Förvaltningsrätten anser därmed att värderingsgrunden endast utifrån miljöskäl inte kan anses vara proportionerlig.

Frågan blir då om ekonomiska och produktionstekniska skäl gällande prispåslaget kan medföra att värderingsgrunden ska anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Trafikverket har inte i förfrågningsunderlaget nämnt att ekonomiska och produktionstekniska skäl varit av stor betydelse, utan istället – i den tekniska beskrivningen – angett att transportkostnaden belastar anbudsgivarens pris av miljöskäl. Vidare har Trafikverket inte närmare redogjort för hur stora extra utgifter som orsakas av en längre transportsträcka. Med hänsyn till att Trafikverket framför att entreprenören debiterar verket för transporten borde det inte möta några betydande hinder att närmare redogöra för hur kostnaden påverkas av var mottagningsplatsen är belägen. Det kan även konstateras att Trafikverket inte uttryckligen tillbakavisat påståendet från SITA att verkets entreprenörer ersätts med en fast ersättning per ton som innefattar såväl schaktning som transport av förorenade massor till mottagningsplatsen. Trafikverket har inte heller närmare redogjort för övriga effekter av att mottagningsplatsen ligger längre bort från platsen där schaktningsarbetena utförs och vilka kostnader sådana produktionstekniska skäl skulle medföra för Trafikverket. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att den stora inverkan som prispåslaget får för den slutliga anbudssumman inte kan anses som nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen. Värderingsgrunden är därmed inte förenlig med proportionalitetsprincipen.

Då SITA hade den lägsta anbudssumman om prispåslag för transportsträcka till mottagningsplatsen inte hade beaktas anser förvaltningsrätten att SITA lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av att Trafikverket brutit mot proportionalitetsprincipen. Grund för ingripande enligt LOU

föreligger därmed. Då konstaterad brist är att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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



Eva Karlsson Helghe

rådman