

KLAGANDE

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 10 augusti 2015 i mål nr 1894-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 20 augusti 2015 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

SITA Sverige AB överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Trafikverket anser att överklagandet ska avslås.

SITA Sverige AB anför i huvudsak följande.

Trafikverket tillämpar en utvärderingsmodell med ett prispåslag beroende av transportsträcka. Utvärderingsmodellen är diskriminerande och får till följd att endast leverantörer med mottagningsplats i Göteborgs närområde kan komma ifråga för kontraktet. Modellen står i strid med likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen samt begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt.

Bolaget belastas med ett prispåslag för transporten baserat på ett avstånd till Tingstadstunnelns mitt om 270 kilometer. Vinnande anbudsgivare har en transportsträcka om endast tre kilometer. Bolaget har lämnat det överlägset lägsta priset för omhändertagande av massorna, men är den anbudsgivare som belastas med högst transportpåslag.

Transportpåslaget är extremt mycket högre än den marknadsmässiga kostnaden för motsvarande typ av transporter. Påslaget är även extremt mycket högre än verkets faktiska kostnad. Bolaget ifrågasätter också om transportsträckans längd påverkar verkets kostnader eftersom entreprenörerna ersätts med en fast ersättning per ton som innefattar såväl schaktning som transport.

Det är inte orimligt att en myndighet beaktar kostnader för transporter vid en upphandling motsvarande den faktiska kostnaden, men det är inte tillåtet

att straffa leverantörer på grund av transportavstånd genom påslag utöver den faktiska kostnaden. Trafikverkets egentliga skäl till påslaget torde vara detsamma som i upphandlingen rörande Marieholmsförbindelsen (jfr Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 1769-15).

Trafikverket har uttryckligen angett att prispåslaget är ett schablonpåslag. Verket har inte redovisat vilka faktiska kostnader det har för transporterna. Dessutom är transportkostnaden per kilometer och ton inte konstant utan blir högre ju kortare sträckan är med hänsyn till kostnader för framkörning, lastning och lossning. Det finns exempel på utvärderingsmodeller som tar hänsyn till att kostnaderna inte är konstanta.

SITA åberopar Förvaltningsrätten i Faluns dom i mål nr 1769-15 och utvärderingsmodell i ett av Sveriges geologiska undersöknings upprättat förfrågningsunderlag.

Trafikverket anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Det i målet ifrågasatta påslaget på anbudsgivarnas anbudspris med en krona per tonkilometer har skett för att kompensera för verkets ökade kostnader för transporten av avfall från entreprenaden till mottagningsplatsen av avfallet. Som kalkylförutsättning för anbudspriset har verket angett att priset ska inkludera transport av avfall till en avfallsmottagning som ligger cirka tre kilometer från entreprenaden. Enligt kontraktshandlingar mellan entreprenören och verket finns bestämmelser som innebär att för utökat arbete – dvs. transport längre än kalkylförutsättningarna om tre kilometer – så ska tilläggsersättning betalas och om man inte kan komma överens om ett fast pris ska ersättningen bestämmas till entreprenörens självkostnad med vissa procentpåslag. Det finns inget skäl att anta att transportavstånd längre än tre kilometer skulle medföra en lägre tillkommande kostnad för entreprenören och därmed för verket. Längre transportvägar innebär även produktionstekniska nackdelar för projektet eftersom det innebär att

utlastning, och därmed schaktningsarbetet, måste avslutas tidigare för att kunna leverera till mottagningsanläggningen innan den stänger. Det behövs då också fler lastbilar i trafik samtidigt för att kunna upprätthålla arbetet utan avbrott.

Någon entreprenör för byggentreprenaden har ännu inte utsetts. Verkets kostnad för transport av förorenade massor när den kalkylerade transportsträckan överskrids kan inte anges förrän kommande entreprenör eventuellt framställer ett detaljerat ersättningskrav.

I såväl denna upphandling som i en pågående upphandling rörande Marieholmsförbindelsen har verket lämnat anbudsgivarna en förutsättning om transportavstånd att basera sina anbud på. I Marieholmsupphandlingen fanns det i en av de bakomliggande upphandlingarna av totalentreprenaderna en mängdförteckning där två olika poster prissattes. 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.

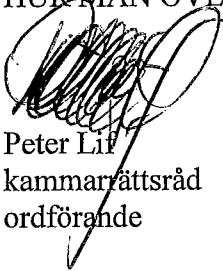
De andra entreprenaderna har ingen mängdförteckning som reglerar ersättningen för själva transporten av avfallet, men det finns angivet att ersättningen regleras enligt bestämmelserna i standardavtal som tillkommande eller avgående arbete. Entreprenörens anbud är alltså baserat på av verket angivna förutsättningar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

Att påslaget är schabloniserat innebär bl.a. att lastnings- och lossningstider, hur stor del som är stads- respektive landsvägstrafik och vägens beskaffenhet inte redovisas särskilt. Påslaget är dock inte tilltaget i överkant. 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.

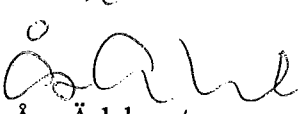
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den nu aktuella upphandlingen avser mottagning av förorenade massor i samband med byggnadsentreprenadarbeten vid nedsänkning av E45 i Göteborg. Transporterna av massorna till mottagningsplatsen ska ombesörjas av schaktentreprenörer och upphandlingen av dessa entreprenörer pågår. Trafikverket har numera redogjort för hur verket kommer att debiteras för dessa transportkostnader samt, i möjligaste mån, hur kostnaderna kan beräknas. Det har inte framkommit tillräckliga skäl för att anta att prispåslaget är orimligt högt i förhållande till verkets faktiska kostnader. Oavsett om den av Trafikverket tillämpade utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister, har inte visats att förfarandet strider mot de krav som ställs i lagen om offentlig upphandling. Mot denna bakgrund, och på de skäl förvaltningsrätten i övrigt anfört, finner kammarrätten att det inte visats att likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering eller proportionalitetsprincipen överträtts. Överklagandet ska därför avslås.

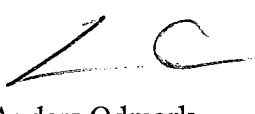
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lif
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
1894-15

Sida 1 (8)

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 avslår SITA Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 141884

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 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför en upphandling av totalentreprenad avseende ”E45, delen Lilla Bommen – Marieholm, Göteborgs stad, Västra Götalands län. Mottagning av förorenade schaktmassor” (ärendenummer TRV 2014/15009). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den 4 maj 2015 beslutade Trafikverket att tilldela Ragnsells Heljestorp AB (Ragnsells) 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 överstiger den kostnad som Trafikverket har för sådana transporter. Utvärderingsmodellen är diskriminerande och får till följd att endast leverantörer som har mottagningsplats i Göteborgs närområde kan komma ifråga för kontraktet. 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 AFB.53 "Prövning av anbud", framgår bl.a. följande. Beställaren kommer att anta det anbud som har lägst pris för mottagning av 35 ton förorenade massor efter kompensation för transportavstånd enligt nedan. Transportavståndet är den kortaste vägsträckan tur och retur mellan entreprenadområdet och mottagningsplatsen som är tillåten för tänkta transporter. Lägsta pris kommer att beräknas genom att anbudsgivarens pris för omhändertagande av respektive kategori av förorenade massor belastas med ett transportpåslag på en (-1) krona per kilometer och ton, beräknat på avståndet mellan Falutorget vid entreprenadområdet och anbudsgivarens mottagningsplats tur och retur. Beräkningen baseras på ett lastbilslass om 35 ton enligt följande:

Anbudsutvärderingssumma = (anbudspris/ton * 35) + (35 * angivet transportavstånd i km).

I punkten 2.1 i den tekniska beskrivningen anges bl.a. att transport av schaktmassor från byggplatsen till mottagningsanläggningen inte ingår i leverantörens uppdrag.

Likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering

SITA framför att det strider mot likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering att uppställa kriterier som premierar geografisk närhet då resultatet blir att endast inhemska lokala företag kan delta och anbudsgivare med säte längre bort eller i andra medlemsstater i EU stängs ute. SITA anför följande. De krav och kriterier som ställs vid offentlig upphandling ska vara kopplade till vad som upphandlas, inte vara godtyckliga eller uppenbart osakliga och vara objektivt utformade. Utvärderingsmodellen innebär att konkurrensen begränsas på ett otillbörligt sätt.

Trafikverket har inte redovisat vilka faktiska kostnader man har per ton och kilometer för transport av de aktuella massorna. Trafikverkets transportpåslag överstiger dock sannolikt åtminstone 100 procent den faktiska kostnad Trafikverket kan ha. Av "Frågor och Svar" framgår att transportpåslaget är schablonmässigt och syftar till att täcka den merkostnad som Trafikverket har för längre transportavstånd. Transportpåslaget baseras alltså inte på faktiska och verkliga kostnader utan är godtyckligt och uppenbart osakligt. Av förfrågningsunderlaget framgår endast att det är ekonomiska skäl som motiverar prispåslaget. Trafikverket påstår även att transportsträckans längd påverkar möjligheten för entreprenören att effektivt utföra entreprenadarbeten och nyttjandet av resurserna. Trafikverket har dock inte redogjort för vilka kostnader man drabbas av till följd av detta och SITA bestrider att Trafikverket drabbas av kostnader på grund av produktionstekniska skäl.

Trafikverket har genom att upphandla omhändertagande av förorenade massor separat från transporter av desamma i kombination med vald utvärderingsmodell sett till att endast entreprenörer med lokala mottagningsanläggningar kan komma ifråga för kontraktet. Om transport och omhändertagande av massorna istället upphandlats tillsammans hade det varit upp till varje anbudsgivare att offerera ett pris som kunde täcka kostnaden för transport istället för att påföras Trafikverkets schabloniserade och orimligt höga transportpåslag. Upphandlingsföremålet får inte formuleras på ett sätt som medför att konkurrensen begränsas helt i onödan.

Trafikverket har mot detta anfört att transportsträckans längd mellan entreprenaden och mottagandet av avfallsmassorna dels påverkar kostnaderna för entreprenaden, då entreprenören debiterar Trafikverket för transporten, dels möjligheten för entreprenören att effektivt utföra entreprenadarbeten och nyttjandet av resurserna vilket påverkar kostnaderna för verket som beställare. Det är alltså av ekonomiska och produktionstekniska skäl som påslaget på erbjudet pris använts för att få fram lägsta jämförelsepris vilket

tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Då transportkostnaden drabbar beställaren har beställaren rätt att uppställa villkor som gynnar anbudsgivare som kan erbjuda avfallsmottagning i närheten av entreprenaden för att minimera transportkostnaden. Det är dyrt för avfallsmottagare att ha många anläggningar men det erbjuder marknaden ett kortare transportavstånd vilket rimligtvis bör premieras i anbudstävlan.

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 nedsänkningen av E45 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 anses ha en relevant och godtagbar koppling till kontraktsföremålet.

SITA menar att transportpåslaget sannolikt överstiger Trafikverkets faktiska kostnader för transport av massorna samt att det är schablonmässigt. Trafikverket har mot detta anfört att påslaget är beräknat utifrån vad entreprenören för schaktningen debiterar verket för frakten samt de kostnader som uppstår för verket till följd av att fraktavståndet påverkar entreprenörens möjligheter att effektivt utnyttja resurserna. Förvaltningsrätten anser inte att SITA har anfört omständigheter som visar att Trafikverkets transportpåslag är utformat på ett sätt som leder till ett missvisande resultat eller att konkurrensen snedvrids på ett sätt som är oförenligt med principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Med hänsyn till den frihet som upphandlande myndighet har att utforma upphandlingsföremålet anser förvaltningsrätten inte heller att Trafikverket varit förhindrade att upphandla omhändertagande av förorenade massor separat från transporterna av desamma på det sätt som gjorts. Förvaltningsrätten anser därför att SITA inte visat att likabehandlingsprincipen eller principen om icke-diskriminering överträtts.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om transportpåslaget är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

SITA anför att det schablonmässiga transportpåslaget inte tar hänsyn till att transportkostnaden per km och ton inte är konstant. Vidare anføres. Kostnaden för en transport är högre per kilometer och ton ju kortare sträckan är med hänsyn till kostnaderna för bl.a. framkörning, lastning och lossning eftersom dessa kostnader är konstanta så tillvida att de är desamma för varje transport oavsett transportens längd. Ett transportpåslag som inte tar hänsyn till detta ger missvisande resultat. Det kan ifrågasättas om det är en lämplig åtgärd att tillämpa ett schabloniserat transportpåslag för transporter som med råga överstiger de faktiska kostnader som Trafikverket har när syftet är att nå kostnadstäckning. Utvärderingsmodellen är inte heller nödvändig för att nå det eftersträvade syftet och ett lägre påslag hade medfört kostnadstäckning och bättre konkurrens. Den negativa effekten av transportpåslaget är oproportionerlig och överdriven då leverantörer med långa transportsträckor till sin mottagningsplats i praktiken saknar möjlighet att erhålla kontrakt. Prispåslagen synes också bestämmas godtyckligt från upphandling till upphandling och motiveras även olika i olika upphandlingar. Ett transportpåslag som överstiger de faktiska kostnaderna kan aldrig vara förenligt med upphandlingsreglerna. Eftersom SITA offrerat 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 följande. En krona per tonkilometer är rimligt. SITA hade inte vunnit upphandlingen även om påslaget hade halverats till 50 öre per tonkilometer varför SITA inte lidit eller riskerat att lida skada. SITA har inte visat på vilket annat effektivt sätt man skulle kunna nå målet att väga in Trafikverkets transportkostnader för avfallet om inte den tillämpade beräkningen använts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser inte att SITA lagt fram omständigheter som visar att transportpåslaget överstiger de kostnader som Trafikverket får till följd av ett längre transportavstånd. Att vissa kostnader för t.ex. lastning och lossning är konstanta påverkar inte denna bedömning och det är inte heller visat att sådana kostnader är inräknade i transportpåslaget. Med hänsyn till att förvaltningsrätten inte anser att det framkommit att transportpåslaget överstiger kostnaderna för transportsträckan kan transportpåslaget inte anses som överdrivet eller oproportionerligt.

Det som SITA har anfört ger således inte stöd för att den i målet aktuella upphandlingen har genomförts i strid med bestämmelserna i LOU. SITA:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Eva Karlsson Helghe
rådman