



SÖKANDE

Ragn-Sells AB, 556057-3452
Box 952
191 29 Sollentuna

Ombud: Bolagsjurist Börje Ryhn
Box 952
191 29 Sollentuna

MOTPART

Ale kommun
449 80 Alafors

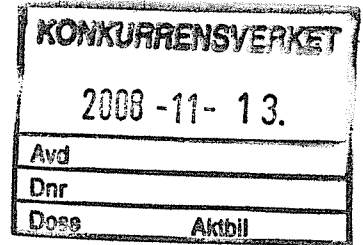
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 4 september 2008 upphör att gälla.



BAKGRUND

I april 2008 bjöd Ale kommun in till anbudsgivning avseende omhändertagande av förorenade massor från Bohus varvsområdet (nedan upphandlingen). Den 28 augusti 2008 underrättade Ale kommun (nedan kommunen) Ragn-Sells AB (nedan bolaget) sitt beslut att tilldela Noah AS (nedan Noah) uppdraget.

Länsrätten beslutade den 4 september 2008 att kommunens upphandling inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDE M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Noahs anbud utesluts. I andra hand yrkas att rättelse sker på så sätt att Noahs anbud vid utvärderingen ska belastas med kostnader för koldioxidutsläpp med ett belopp om 8,63 Mkr och bolaget med ett belopp om 3,11 Mkr.

Bolaget anför bl.a. följande.

Kommunen inbjöd våren 2008 leverantörer att lämna anbud i upphandlingen. I samband med detta distribuerades ett förfrågningsunderlag den 8 april 2008. Detta underlag har därefter ändrats och kompletterats. Bolaget lämnade i rätt tid in samtliga anbudshandlingar som kommunen frågade efter i sitt förfrågningsunderlag. Bolaget uppfyller även samtliga skall-krav och besvarade anbudsfrågan helt i enlighet med vad kommunen efterfrågat.

Noah har erbjudit sig att utföra borttransport av massor med fartyg från Surte hamn till Langøya i Norge. Av förfrågningsunderlaget framgår emel-

lertid att upphandlingen avser hämtning av massor från Bohus Varvsområdet i Ale kommun. Det förefaller därför som om anbudet avviker från förfrågningsunderlaget. Det borde då rätteligen ha uteslutits. Att inte göra det mot strider mot den grundläggande regeln i 1 kap. 9 § LOU och de gemenskapsrättsliga upphandlingsprinciperna, särskilt då kraven på likabehandling och icke-diskriminering.

Enligt förfrågningsunderlaget ska kommunen anta det anbud som efter viktning är det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunen. Viktningen ska ske på så sätt att anbudsgivarna ska beräkna mängden koldioxid som släpps ut i samband med transporten av massorna och sedan åsätta denna ett pristillägg på 10 kronor per kg utsläppt koldioxid per ton gods. Av ändringen/tillägget till förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivare vid beräkningen av den mängd koldioxid som släpps ut i samband med transport av massorna ska använda den beräkningsmodell som tagits fram av Nätverket för Transporter och Miljö, NTMCalc. Den anvisade beräkningsmodellen återfinns på www.ntm.a.se/ntmcalc/.

Vid utvärderingen har anbuderna från bolaget och Noah beräknats medföra kostnader för koldioxidutsläpp på 6,5 Mkr (det bör här infogas att bolaget i sitt anbud själva beräknade detta till 6,21 Mkr) respektive 6,8 Mkr. Det är emellertid uppenbart att viktningen inte är korrekt. Noah, som måste transportera de förorenade massorna först till Surte hamn, den närmast tillgängliga utskeppningshamnen enligt ändringen och efter omlastning därifrån med fartyg till Langøya i Norge, kan inte ha i stort sett samma koldioxidutsläpp som bolaget som avser att transportera massorna med lastbil till Heljestorp i Vänersborg, en sträcka (enkel väg) på bara cirka 61 km.

Det framgår även att Noahs koldioxidutsläpp inte har beräknats i enlighet med förfrågningsunderlagets villkor och den anvisade beräkningsmodellen.

- (a) Noah har endast räknat med fartygstransport trots att närmaste befintliga utskeppningshamn är Surte. Transport mellan Bohus Varvsområdet och Surte måste därför ske på annat sätt än med fartyg, vilket dock inte alls har beaktats i Noahs beräkning. Beräkningen var därför uppenbart inte komplett.
- (b) Noah har endast räknat med transporter enkel väg trots att den anvisade beräkningsmodellen förutsätter att även transporten fram till lastplatsen vid Bohus Varvsområdet ska beaktas.
- (c) Noah har räknat med en totalt sett för kort transportsträcka mellan Bohus Varvsområdet via Surte till Langøya, bara 270 km enkel resa. En grov kontrollmätning av bolaget indikerar att sträckan bör vara i vart fall cirka 330 km enkel resa, om det beaktas att fartyg först måste färdas söderut till Göteborg och sedan från Göteborg västerut för att nå en lämplig farled. Med fartyg på 2 000 ton eller däröver kan inte alltid den genaste vägen användas. Det gäller särskilt när transporten, som i förevarande fall, avser farligt avfall.
- (d) I anbudsgranskningen har Noahs koldioxidutsläpp vid framkörningen till Bohus Varvsområdet beaktats, men fortfarande bara som en fartygstransport trots att annat transportsätt uppenbart måste ingå på sträckan mellan Bohus Varvsområdet och Surte. Dessutom har transportsträckan inte korrigerats. Omräkningen av Sweco, som utfört utvärderingen åt kommunen, har sedan lagts till grund för kommunens anbudsutvärdering. Enligt förfrågningsunderlaget ska dock anbudsgivaren själv beräkna koldioxidutsläppet. Rättelser, kompletteringar och förtydliganden, om sådana överhuvudtaget är tillåtna enligt 9 kap. 8 § LOU, vilket bestrids i förevarande fall, ska också göras av anbudsgivaren och inte av den upphandlande myndigheten eller någon som kan anlitas av denna för granskning och utvärdering.
- (e) När Sweco företog sin omräkning beaktades inte att bolaget i sin beräkning av koldioxidutsläppet hade räknat med framkörningen, men på annat sätt än Sweco gjort när de räknade om Noahs tillägg. Någon motsvarande justering av bolaget beräkning av koldioxidutsläppet utfördes dock inte.

Utvärderingen av anbuden kom därigenom att baseras på olika slags beräkningar av koldioxidutsläpp. Anbudsgivarna har därmed inte behandlats lika.

Om Noahs koldioxidutsläpp hade beräknats i enlighet med den anvisade av Nätverket för Transporter och Miljö framtagna beräkningsmodellen skulle pristillägget med beaktande av riktiga transportavstånd och alla led i transportkedjan ha uppgått till 8,63 Mkr. För bolaget hade under samma premisser tillägget blivit 3,11 Mkr. Bolaget gör mot bakgrund av det anförda gällande följande.

(i) Noah har inte har uppfyllt kommunens skall-krav genom att inte själva beräkna utsläppet av koldioxid i enlighet den framtagna beräkningsmodellen. Bolagets beräkning beaktade inte heller framkörningen till Bohus Varvsområdet eller transporten mellan Bohus Varvsområdet och Surtehamn och kan därför inte anses vara en komplett beräkning. Anbudet borde därför rätteligen ha uteslutits.

(ii) Det strider mot den grundläggande regeln i 1 kap. 9 § LOU och de gemenskapsrättsliga upphandlingsprinciperna, särskilt då kraven på likabehandling och icke-diskriminering samt transparens, att inte tillämpa kravet på att utsläppet av koldioxid ska beräknas i enlighet den av Nätverket för Transporter och Miljö framtagna beräkningsmodellen på samma sätt gentemot alla anbudsgivare. Omräkning av Noahs koldioxidutsläpp företogs enligt andra grunder än de som framgår av den framtagna beräkningsmodellen. Bolagets utsläpp borde också ha räknats om efter samma principer.

(iii) Det strider mot reglerna i 1 kap. 9 § och 9 kap. 8 § LOU samt de gemenskapsrättsliga upphandlingsprinciperna, särskilt då kraven på likabehandling och icke-diskriminering och transparens, att den upphandlande myndigheten eller någon som arbetar för denna, under granskning och utvärdering av anbuden korrigerar och kompletterar Noahs beräkning av koldioxidutsläppet på det sätt som skedde.

enkel resa ska användas i modellen vilket är en ologisk ansats. Resultatet härav är att Bolaget, Noah och anbudsutvärderaren gjort felberäkningar i anbuds- respektive utvärderingsskedet.

Noah har i sitt anbud lämnat en beräkning för en enkel tur med båt från Surte hamn till Langøya, en sträcka på 270 kilometer. Sträckan mellan Bohus Varvsområdet och Surte hamn är bara cirka tre kilometer lång landvägen och innebär ett mycket litet tillskott till totala utsläppet. Anledningen till att den kortare sträckan inte är medräknad i koldioxidberäkningen är de osäkerheter som Noah anser råder vad gäller den slutliga lösningen på hamnfrågan. Det finns inte angivet i förfrågningsunderlaget att en tur och returreisa ska ingå i beräkningen. Den anvisade beräkningsmodellen NTMCalc förutsätter heller inte att en returtransport ingår i utsläppsberäkningarna. Om returtransporten till lastplatsen är en tom transport bör dock även utsläppen för denna tur tas med i kalkylen. Om returtransporten tar med annat gods belastar inte dessa utsläpp kalkylen för det aktuella godset.

Bolaget uppger vidare att man efter grov kontrollmätning konstaterat att sträckan mellan Surte hamn och Langøya bör vara minst cirka 330 kilometer och inte 270 kilometer som Noah uppgett. Bolaget uppger även att försummelsen att kontrollera den lämnade uppgiften strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Detta bestrids av Kommunen. För det första kontrollerades den angivna sträckan till Langøya grovt vid anbudsutvärderingen och bedömdes då vara rimlig. Noah har fartyg som idag går med samma typ av gods (förorenade massor) från Surte till Langøya. Rederiet som Noah anlitar härför torde därför sitta på den bästa kunskapen om exakt hur lång sträckan är. Rederiet anger att sträckan är totalt cirka 144 nautiska mil eller 266,7 kilometer. Från Bohus till Göteborg är det 11 nautiska mil och till Langøya ytterligare 133 nautiska mil. Avståndet 270 kilometer enkel väg med fartyg mellan Surte och Langøya var därmed riktig. Kommunen har inte begått något fel i detta avseende.

Transportsträckan mellan Bohus Varvsområdet och Surte hamn är cirka tre kilometer landvägen. Jämfört med transportsträckan 270 kilometer per fartyg är denna sträcka försumbar vad gäller utsläppen per ton gods, vilket transportmedel man än använder. När det gäller transportsträckan per fartyg så bedömdes den som rimlig i anbudsutvärderingen. En beräkning av koldioxidutsläppen från en lastbil med släp (40 ton) som transporterar massor tre kilometer, med en tom returlast ger ett utsläpp av 0,2 kg per ton gods. Det totala koldioxidutsläppet för Noahs del skulle då bli $6,8 + 0,2 = 7,0$ kg per ton avfall.

I kompletteringen till förfrågningsunderlaget står bara att anbudsgivaren ska bifoga en beräkning av hur stor mängd koldioxid som släpps ut i samband med transporten av massorna. För att få jämförbara anbud föreslog kommunen till Noah att en tom returtransport skulle läggas till utsläppsberäkningen genom att dubblera utsläppsvärdet på enkelturen. Noah accepterade detta eftersom man vanligtvis inte har någon last med vid returtransporten. Noah skulle naturligtvis själva kunnat lämna denna uppgift om frågan ställts på ett allmänt sätt. Den justering som gjordes var inte till någon fördel för Noah, snarare tvärtom. I den kalkylmodell, NTMCalc, som föreslagits för beräkning av koldioxidutsläppen finns ett antal val för indata. Utsläppen kan beräknas för olika transportmedel av olika storlekar och olika fyllnadsgrader. Resultaten kan presenteras som utsläpp av olika föroreningsparametrar i kg per ton gods eller som totalt utsläpp i kg per sändning. Tomma returtransporter kan inte läggas in i modellen. För att komma runt detta kan man antingen ansätta fyllnadsgraden till 50 procent för transporten eller också beräkna utsläppsvärdena för enkel tur med 100 procent fyllnadsgrad och därefter dubblera värdet. Resultatet blir detsamma.

Vid kontrollberäkning, under anbudsutvärderingen, av bolagets utsläppsberäkning med NTMCalc och exakt samma indata erhöles värdet 6,5 kg

CO₂/ton gods istället för 6,2 kg CO₂/ton gods som bolaget angivit. Ingen förklaring till skillnaden kunde hittas vid det tillfället. Det högre värdet användes vid utvärderingen. I efterhand kan förklaringen härledas till en indataruta i modellen som är förbockad, förvald inställning, och som innebär att modellen lägger till utsläpp från tillverkning av bränsle. Anledningen till att bolagets uppgifter inte justerades på samma sätt som Noahs var att bolaget förklarat ingående i sitt anbud vilka indata som använts, resonemang kring fyllnadsgrader, där 50 procent använts, bränsleförbrukning m.m. och att det därmed inte bedömdes nödvändigt att ändra beräkningssättet.

Vid kontroll i efterhand, inför föreliggande yttrande, av bolagets indata och kontrollberäkning med en annan förenklad emissions beräkningsmodell visar det sig att bolaget har fått fram ett för högt koldioxidutsläpp. Hela tur- och retursträckan har använts som indata för en fyllnadsgrad på 50 procent vilket ger 50 procent större utsläpp än det riktiga värdet. Bolagets beräknade koldioxidutsläpp blir istället 3,1 kg/ton gods istället för 6,2 kg/ton gods. Det kan således i efterhand konstateras att den av kommunen valda beräkningsmodellen varit svårtillämpad för samtliga inblandade, inklusive den av kommunen anlitate konsulten som bistått kommunen vid anbudsutvärderingen.

I 9 kap. 8 § och 15 kap. 12 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer om ett förtydligande eller en komplettering ska ske och en korrigering av en uppenbar felräkning eller felskrivning kan också ske på den upphandlande myndighetens initiativ. Ett förtydligande innebär att detaljuppgifter lämnas som gör det möjligt att mer klart beskriva eller defi-

niera något i anbudet. Det ska alltså handla om att konkretisera redan lämnade uppgifter.

Det är dessutom uppenbart att den upphandlande myndigheten inte under några omständigheter får acceptera kompletteringar som innebär väsentliga förändringar av förutsättningarna för upphandlingen. Så har inte skett i förevarande upphandling. Vad kommunen gjort är att man berett anbudsgivare möjligheter att konkretisera tidigare lämnade uppgifter och rätta uppenbara felräkningar i syfte att göra anbuden jämförbara mot bakgrund av den svårtillämpade beräkningsmodellen. Några helt nya uppgifter i förhållande till vad som angivits i anbuden har inte lämnats av anbudsgivare. Vad gäller Noah har dessa konkretiseringar dessutom inte lett till någon fördel vid anbudsutvärderingen, utan tvärtom. Kommunen har således inte heller i detta avseende brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan av de gemenskapsrättsliga principerna.

Således har den i anbudsutvärderingen angivna beräkningen av kostnaden för koldioxidutsläpp varit felaktig. Detta medges av kommunen. Den i efterhand korrigerade koldioxidberäkningen både för bolagets och Noahs vidkommande innebär en koldioxidkostnad på 3,1 Mkr för bolaget och 7,0 Mkr för Noah. Den jämförande anbudskostnaden blir därmed för bolagets del 38,5 Mkr och för Noahs del 37,4 Mkr, dvs. Noahs jämförande anbud är dock fortsatt 1,1 Mkr lägre.

Det är inte korrekt att bolagets anbud uppfyller alla skall-krav och att de besvarat anbudsförfrågan helt i enlighet med vad kommunen efterfrågat. Av bolagets anbud framgår på sista sidan att deras anbud varit bindande endast till den 31 augusti 2008. Förfrågningsunderlaget, se bilaga 1 kompletteringen till punkten 3.4 stipulerar att anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud till den 3 oktober 2008. Bolagets anbud uppfyller således inte samtliga skall-krav och skulle därför rätteligen ha förkastats.

Som redogjorts för ovan har alltså kommunen vid utvärderingen ovan begått dels ett räknefel, dels begått ett fel såtillvida att bolagets anbud överhuvudtaget inte skulle ha upptagits till prövning. Läkandet av dessa fel leder inte i något fall till att bolagets anbud antas som vinnande anbud. Bolaget har således inte lidit någon skada genom de åtgärder kommunen vidtagit och en rättelse är därför inte påkallad. Ansökan om överprövning ska därför ogillas. Med hänsyn till vad som framkommit i målet genom vad som anförts av kommun ovan föreligger inte längre skäl för ett intermistiskt beslut. Kommunen yrkar därför att detta omedelbart upphävs.

Bolaget anför bl.a. följande med anledning av kommunens skrivelse.

Förfrågningsunderlaget har uppenbarligen inte varit så fullständigt och tydligt som omständigheterna krävt, vilket strider mot kravet på transparens.

Förfrågningsunderlaget har inte bara varit ofullständigt och otydligt när det gäller beskrivningen av hur NTMCalc ska tillämpas. Beräkningsmodellen var och är över huvudtaget inte lämplig att använda för jämförelser av det slag som är aktuella i förevarande fall. Kravet att NTMCalc ska användas strider därför mot kraven på likabehandling och icke-diskriminering.

Kommunen har efter det att upphandlingen har annonserats och förfrågningsunderlaget har upprättats, genomändrat och/eller lagt till vissa villkor.

a) I punkt 7 i ändring/tillägg anbudsförfrågan F72-0824 daterad den 18 april 2008 föreskrev kommunen att beräkningsmodellen NTMCalc ska användas. Det var, som framgår av punkt 7 i förfrågningsunderlaget, tidigare bara ett förslag.

b) I kommunens den 14 maj 2008 daterade skrift föreskrev kommunen att anbud med alternativa utföranden fick lämnas.

c) I kommunens den 15 maj 2008 daterade skrift föreskrev kommunen att anbudstiden skulle löpa t.o.m. till den 9 juni 2008 i stället för, som föreskrevs i förfrågningsunderlaget, den 12 maj 2008. Om anbudstiden redan

från början hade varit längre hade möjligen även andra företag än Noah och bolaget haft möjlighet att lämna anbud på det nu aktuella, tämligen omfattande och komplicerade uppdraget.

d) I kommunens den 27 maj 2008 daterade komplettering föreskrev kommunen att anbuden skulle vara giltiga till den 3 oktober 2008 i stället för, som föreskrevs i förfrågningsunderlaget, till 60 dagar efter den sista dagen för inlämnande av anbud. Giltighetstiden för anbud räknat från sista dag för anbud nära nog fördubblades i och med detta. De gjorda ändringarna och tilläggen är av så ingripande karaktär att det inte var förenligt med transparens-, likabehandlings- och icke-diskrimineringskraven att göra dessa efter det att annonsering hade skett och förfrågningsunderlag hade upprättats. Om kommunen ansett att ändringarna eller tilläggen varit nödvändiga borde den därför i stället ha avbrutit upphandlingen och i en ny upphandling tagit med de aktuella ändringarna och tilläggen.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning

Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i den allmänt hållna bestämmelsen i 1 kap. 9 § som anger att upphandlande myndigheter ska iaktta likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet.

I praxis (RÅ 2002 ref. 50) har dock fastslagits att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även 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.

I målet är det ostridigt att den av kommunen valda beräkningsmodellen för att beräkna koldioxidutsläpp i samband med transporten av massorna varit delvis bristfällig, svårförståelig och ologisk vad gäller instruktionen för inmatning av indata för samtliga inblandade, inklusive den av kommunen anlitate konsulten som bistått kommunen vid anbudsutvärderingen. Båda anbudsgivarna, bolaget och Noah, har gjort felräkningar i anbudsskedet och kommunen har gjort felräkningar i utvärderingsskedet. Båda anbudsgivarna har dock uppfyllt samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget och lämnat anbud som kommunen, efter viss justering, kunnat jämföra. Kommunen synes också ha gjort utvärderingen för båda anbudsgivarna på i princip samma sätt. Det finns dock delade meningar om det rätta avståndet för sjötransporten i Noahs anbud. Bolaget har emellertid inte visat att den av kommunen beräknade sträckan varit felaktig. Med hänsyn härtill och även med beaktande av vad bolaget har anfört i övrigt kan det inte anses att kommunens upphandling strider mot reglerna i LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Peter Kockum

