



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Mariestad
 P Lars Ch Nilsson

DOM
 2010-05-04
 Meddelad i
 Mariestad

Mål nr
 1207-10 E
 Rotel 2:3

2010-05-05	
Avt	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Faxe Kalk A/S
 Hovedgaden 13
 4654 Fakse Ladeplads
 Danmark

Ombud:

Advokaten Johan Carle
 Advokaten Tomas Kjellgren
 Jur.kand. Sven Vaxenbäck
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPART

Lidköpings Värmeverk AB, 556188-7125
 Sjöhagsgatan 8
 531 40 Lidköping

SAKEN

Begäran om överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller framställningen och förordnar att Lidköpings Värmeverk AB:s upphandling av "Kalk till rökgasrening 2010" ska göras om.

Det interimistiska beslutet av den 18 december 2009 ska bestå till dess att dom i målet vunnit laga kraft.

Dok.Id 4356

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	036-15 65 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:30-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Lidköpings Värmeverk AB har genomfört en upphandling avseende årsbehovet 2010 av släckt kalk till rökgasrening samt option på årsbehovet för år 2011.

Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit, från Faxekalk A/S och Nordkalk AB. Enligt tilldelningsbesked, daterat den 10 december 2009, har Lidköpings Värmeverk AB beslutat att upphandling ska ske från Nordkalk AB.

Faxe Kalk A/S begärde den 18 december 2009 hos Länsrätten i Mariestad överprövning enligt LUF av upphandlingen. Länsrätten förordnade i interimistiskt beslut den 18 december 2009 att den ifrågakvarande upphandlingen till vidare inte får avslutas (Länsrättens mål nr 2595-09). Sedan länsrätterna upphört den 15 februari 2010 handläggs målet vid Förvaltningsrätten i Jönköping med nytt målnummer, 1207-10.

Sökanden, Faxekalk AB, har yrkat i första hand att upphandlingen ska rättas därigenom att utvärderingen sker utan beaktande av miljökravet i utvärderingsmodellen, i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin framställning har sökanden i första hand uppgett följande.

Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Tillämpad grund för tilldelning är lägsta pris. Av sammanställningen av utvärderingsmallar till upphandlingsbeslutet framgår emellertid att Lidköpings Värmeverk AB funnit att Faxekalk offererat lägst pris i upphandlingen, men att Lidköpings Värmeverk trots detta, avser att ingå kontrakt med Nordkalk, eftersom Nordkalks anbud innebär kortast transportavstånd från brytningsstället via tillverkningsplatsen till Lidköpings Värmeverk.

Lidköpings Värmeverk har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de allmänna EU-rättsliga likabehandlings-, transparens-, icke-diskriminerings- och proportionalitetsprinciperna och därmed även mot 1 kap 24 § LUF. Som en följd av att Lidköpings Värmeverk brutit i sina förpliktelser enligt LUF har Faxekalk lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap 1 § första stycket LUF och 16 kap. 2 § första stycket LUF.

Lidköpings Värmeverk har beräknat Faxekalks totalpris till 1 950 200 kr, medan Nordkalks totalpris har beräknats till 1 963 000 kr, dvs. 12 800 kr högre än Faxekalks.

Av det ovan sagda följer att Lidköpings Värmeverk rätteligen skulle ha tilldelat Faxekalk kontraktet i upphandlingen. Skäl föreligger därför att förordna om att upphandlingen ska rättas på så sätt att Lidköpings Värmeverk ska anta det anbud i upphandlingen som faktiskt innebär lägst totalpris.

Om domstolen, även med beaktande av det ovan anförda, finner att Lidköpings Värmeverk utifrån förfrågningsunderlagets förutsättningar inte haft möjlighet att tilldela kontraktet i upphandlingen till det bolag som faktiskt erbjudit lägsta pris, dvs. Faxekalk, bör upphandlingen ändå, med hänsyn till nedanstående, göras om.

I 12 kap. 1 § 1 stycket LUF anges att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Tilldelningsgrunden "lägst pris" ger, till skillnad från grunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga", inget utrymme för bedömningar grundade på andra utvärderingskriterier än pris. Om en upphandlande enhet väljer lägsta pris som tilldelningsgrund skall också anbudet i upphandlingen med lägsta pris antas.

I 12 kap. 1 § 3 stycket LUF anges vidare att en upphandlande enhet i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget skall ange vil-

ken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. I anbudsfrågan har Lidköpings Värmeverk angett följande:

”Anbud kommer att utvärderas enligt bifogad utvärderingsmall varvid det anbud som ger den lägsta totalkostnaden kommer att antas förutsatt att kvalitet och leveranskrav är uppfyllda.

Om skillnaden mellan lägsta anbud och näst lägsta anbud är mindre än fem procent bedöms även miljöbelastningen varvid den leverantör som har kortast transportavstånd från brytningsstället via tillverkningsplatsen till Lidköpings Värmeverk antages.”

Av första stycket följer att den grund för tilldelning av kontrakt som Lidköpings Värmeverk avser att tillämpa i upphandlingen är ”lägsta pris”.

I andra stycket har Lidköpings Värmeverk emellertid förbehållit sig en rätt att frånga den valda grunden för tilldelning om skillnaden mellan anbudet med lägsta pris och anbudet med näst lägsta pris är mindre än fem procent. Detta förbehåll strider mot de grundläggande principerna om lika-behandling och transparens och därmed även LUF.

För det första innebär förbehållet i sig ett kringgående av LUF på så sätt att Lidköpings Värmeverk genom detta skapar sig utrymme att vid tilldelningen av kontraktet i upphandlingen ta otillbörlig hänsyn till andra omständigheter än pris, i en upphandling där den valda grunden för tilldelning är just ”lägsta pris”.

För det andra innebär förbehållet en osäkerhet för anbudsgivarna om vilken grund för tilldelning av kontrakt som faktiskt kommer att tillämpas i upphandlingen. För det fall att skillnaden mellan anbudet med lägsta pris och anbudet med näst lägsta pris, som i förevarande fall, är mindre än fem procent tilldelas kontraktet snarare med tillämpning av grunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga”, eftersom även ”miljöbelastning” i en sådan situation skall vägas in i valet av vinnande anbud. I sådant fall strider utvärderingsmodellen även mot 12 kap 2 § LUF, eftersom någon viktning inte angetts avseende utvärderingskriterierna ”miljöbelastning” och ”pris”.

För det tredje riskerar förbehållet att kullkasta anbudsutvärderingen efter det att samtliga relevanta omständigheter, dvs. de offererade priserna, beaktats och en vinnare utsetts. Så skedde också i upphandlingen, eftersom Faxe Kalk ej vann upphandlingen trots att man offererade lägst pris i en upphandling som avsåg just lägst pris.

Av det ovan sagda följer att utvärderingsmodellen strider mot 12 kap. 1 och 2 §§ LUF och mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens, varför skäl föreligger för rätten att förordna att upphandlingen skall göras om.

Sökanden har vidare i framställningen uppgett bland annat följande.

För det fall domstolen, trots det ovan anförda, skulle finna att ifrågasvarande förbehåll kan uppställas, bör upphandlingen ändå göras om, eftersom förbehållet i fråga utgör ett diskriminerande miljökrav.

Principen om icke-diskriminering, som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF, innebär även att en upphandlande enhet t.ex. inte får gynna lokala företag med anledning av geografiskt läge.

Europeiska kommissionen anger i sin handbok om miljöanpassad offentlig upphandling "Att köpa Grönt" att en kontraktsbestämmelse som innebär att anbudsgivare straffas enbart på grund av det avstånd de måste färdas för att leverera varor är diskriminerande.

I SOU 2001:31 (sid. 161) framhålls bl.a. följande: "Jan-Erik Falk påpekar i den av honom i samarbete med Ulf Bernitz upprättade rapporten att korta transportavstånd oftast är bättre för miljön men att det är diskriminerande att ställa sådana krav och därmed oförenligt med gemenskapsrätten. Det gäller, enligt författarna, även vid upphandlingar som görs enligt 6 kap. LOU. Om krav på miljön avser transporten vid varuupphandling får kraven inte vara absoluta innan man vet vem som vinner kontraktet. Som exempel kan nämnas att ett krav på att varorna levereras med tåg skulle utesluta leveranser från Irland. Författarna anser dock att krav på

transporter som inte påverkar valet av leverantörer i samband med varuleveranser är tillåtna.”

I SOU 2001:31 (sid. 168) framhålls vidare att miljökrav kan ställas enligt LOU om de är kopplade till den vara eller tjänst som skall upphandlas dvs. om kriterierna avser att täcka ett behov i den enskilda upphandlingen.

I den aktuella SOU:n (sid. 169) framhålls även att det i Europeiska kommissionens förslag till direktivändringar angavs att miljöegenskaper skulle kunna vara ett möjligt utvärderingskriterium då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. En förutsättning är dock att miljökravet har en direkt koppling till det som upphandlas (och upphandlingen ej avser lägsta pris som i nu aktuellt fall).

Konkurrensverket anger (sid. 15) i sin handledning ”Miljökrav i offentlig upphandling” följande avseende krav på kort transportsträcka: ”Vid upphandling av varor förekommer det att beställare vill välja leverantör utifrån ett förutbestämt eller givet transportmedel för leveranserna eller att man kräver en kort transportsträcka. Det kan innebära att man vill tilldela upphandlingskontraktet till en lokal leverantör eller producent. Dessa grunder för att välja leverantör utestänger som regel leverantörer och begränsar konkurrensen. Kravet på kort transportsträcka är inte heller tillåtet enligt upphandlingsreglerna. Effekten kan bli samhällsekonomiska förluster samt att kraven i sig kan bli diskriminerande. Här kan man också vara uppmärksam på att om en utestängd leverantör har den miljövänligaste tillverkningen eller produktionen som gäller t.ex. energianvändning, kan resultatet bli en förlust för miljön.”

NOU anger (sid. 21) i sin rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling, dnr 15/98-29, följande avseende krav med anknytning till transporter: ”Att ge företräde åt den leverantör som producerar en vara så nära den upphandlade enheten som möjligt i syfte att minimera transporten är enligt NOU:s mening inte möjligt. Miljöhänsyn som hindrar fria varurörelser måste vägas mot EU:s mest grundläggande målsättning om att full-

Bredh Anita - FJO

Från: Tomas Algons [tomas.algons@advokatkonsult.nu]
Skickat: den 4 maj 2010 14:10
Till: Bredh Anita - FJO
Ämne: SV: vårt mål 965-10

JAAAA!!!

Från: Bredh Anita - FJO [mailto:Anita.Bredh@dom.se]
Skickat: den 4 maj 2010 13:54
Till: Tomas Algons
Ämne: vårt mål 965-10

Hej Tomasi

Du har fått anstånd med att komplettera överklagandet gällande Adam El Hakim. Anståndstiden har gått ut. Behöver du ytterligare anstånd???

Med vänlig hälsning

Anita Bredh

Domstolssekreterare, Enhet Marestad, Förvaltningsrätten i Jönköping

036-15 69 57 • anita.bredh@dom.se • Postadress: Box 2201, 550 02 Jönköping • Besöksadress: Östra Storgatan 33 A • Fax: 0501-676 46 •
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

borda den inre marknaden. Den leverantör som befinner sig närmast har ändå fördel av att inte behöva transportera varan lika lång sträcka som sina konkurrenter, vilket påverkar priset.”

Av det ovan sagda följer att det miljökrav som Lidköpings Värmeverk använt sig av i utvärderingsmodellen, enligt fast praxis, inte är förenligt med principen om icke-diskriminering och därmed inte heller 1 kap. 24 § LUF. Skäl föreligger därför att förordna att upphandlingen skall göras om.

I sin framställning har sökanden också på i framställningen närmare utvecklade grunder anfört att för det fall att rätten skulle finna att det aktuella miljökravet, trots det ovan anförda, är förenligt med principen om icke-diskriminering, är miljökravet i vart fall oproportionerligt, varför upphandlingen i vart fall av denna anledning bör göras om.

Lidköpings Värmeverk AB har bestritt framställningen om åtgärder enligt LUF samt anfört huvudsakligen följande.

Värmeverket köper in kalk för reduktion av sura komponenter i rökgasen från avfallsförbränningen. Kalk finns i olika kvaliteter och värmeverket har tidigare genom tester slagit fast de olika kvaliteternas effektivitet. En fastställd reduktionsfaktor används för att räkna fram värmeverkets totala nettokostnad för att reducera de sura komponenterna i rökgasen. Denna beräkning används för att fastställa lägsta pris. Beräkningsmetoden är accepterad av leverantörerna och är inte grund för aktuell tvist. Överprövningen gäller istället den, i anbudsförfrågan angivna och senare tillämpade regeln vid mindre än 5 % prisskillnad mellan lägsta och näst lägsta pris. Värmeverket är miljöcertifierat enligt ISO 14001 och har härigenom tagit på sig att lägga miljöaspekter på all upphandling. Av detta skäl har angetts att om prisskillnaden är mindre än 5 % mellan anbuderna skall den som har kortast transportavstånd för kalken tilldelas uppdraget. Faxen kör sin kalk från Tjeckien och Nordkalk från Gotland vilket ger Nordkalk

fördelen trots att de har ett något högre pris. Nordfalk har alltså tilldelats kontraktet helt i enlighet med av LUFs tillåtna utvärderingskriterier som tydligt angetts i förfrågningsunderlaget.

I kompletterande yttrande har Lidköpings Värmeverk AB uppgett bland annat följande.

Transparens: Anbudsförfrågan är enligt vår uppfattning fullständigt klargörande om hur utvärderingen av anbuderna skall göras genom att utvärderingsmallen är bifogad förfrågningsunderlaget.

- I första hand värmeverkets kostnader.
- Om kostnaden är likvärdig, definierad som < 5 procents skillnad mellan lägsta och näst lägsta anbud, skall den miljöfaktor värmeverket kan bedöma, nämligen transporterna, vara utslagsgivande.

Att juridiska termer ”lägsta pris” kontra ”mest fördelaktiga” ej använts i underlaget kan rimligen inte slå undan lagstiftningens grundkrav att anbudsgivaren måste veta hur utvärderingen skall genomföras. Detta krav anser vi förfrågningsunderlaget uppfyller till fullo.

Icke diskriminerande, likabehandling: Transportavståndet i sig är inte grund för utvärderingen utan endast miljöfaktorn, som sekundär bedömningsgrund, i ett andra steg efter likvärdig kostnad. Värmeverket har behandlat alla leverantörer lika och inte diskriminerat någon genom att en billig produkt med långt transportavstånd utan vidare kan ta hem kontraktet.

Proportionalitet: Mot Faxes yrkande att miljökravet skulle vara oproportionellt vill vi anföra följande. Omstruktureringen av samhället inriktas mer och mer på miljöfrågorna och alla instanser förväntas ta sin del av ansvaret för framför allt utsläpp av fossilt koldioxid till atmosfären. Värmeverket är miljöcertifierat enligt ISO 14001 och skall härigenom ställa miljökrav även på leverantörer vid alla upphandlingar. Denna möjlighet finns även i LUF.

Värmeverket har ingen möjlighet att bedöma de olika leverantörernas miljöbelastning vid tillverkningen. Särskilt i detta fall där en mer pro-

cessad produkt ställs mot en enklare. Miljökravet har därför endast grundats på utsläpp från transporterna. Några alternativ till lastbilstransporter finns knappast och har heller inte offererats.

Att värmeverket använt miljöaspekten som utslagsparameter vid lika kostnad inom 5 procent kan rimligen inte bedömas som ett oproportionellt krav varför vi tillbakavisar Faxes synpunkter.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts yrkar värmeverket att domstolen i första hand avslår ansökan om överprövning och i andra hand, om överprövning sker, att beslut inte fattas om rättelse utan istället att upphandlingen skall göras om.

Sökanden har i yttrande vidhållit sin framställning och i denna åberopade grunder samt tillagt följande.

I anbudsförfrågan anges att LUF gäller för upphandlingen. Vidare anges i anbudsförfrågan att förenklad upphandling med förhandling tillämpas. Enligt 15 kap. 4 § LUF skall den upphandlande enheten vid förenklad upphandling begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Faxe Kalk har fått anbudsförfrågan sänd till sig direkt från Lidköpings Värmeverk och har inte i efterhand kunnat finna att upphandlingen annonserats. Om det förhåller sig på det sättet att upphandlingen inte annonserats i enlighet med LUF, skall upphandlingen även av detta skäl göras om.

Lidköpings Värmeverk AB har i svar på sökandens yttrande vidhållit vad som tidigare anförts samt tillagt följande.

Annonseringskravet anser vi att vi uppfyllt genom att upphandlingen annonserats på vår hemsida innan förfrågningsunderlaget skickats direkt till de två största och enda av oss kända leverantörerna av stora poster kalk i Sverige (Nordkalk och Faxe). Finner domstolen att vi brutit mot gällande

föreskrifter yrkas ånyo om beslut att upphandlingen skall göras om, dvs. inte att den skall rättas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Det är i detta mål fråga om en sådan upphandling på vilken bestämmelserna i 15 kap. LUF är tillämpliga (förenklad upphandling). Härjämte gäller även - såvitt är av betydelse i detta mål - 1 kap. och 16 kap. LUF.

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätten) ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 2 § första stycket gäller, såvitt nu kan komma ifråga, att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF 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.

I 1 kap. 24 § LUF stadgas att 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 beaktas.

Enligt 15 kap. 16 § LUF skall en upphandlande enhet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande enheten skall antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt 12 kap. 1 § andra stycket skall enheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Utredningen

De i målet aktuella delarna av förfrågningsunderlag och tilldelningsbeslut innehåller följande.

Förfrågningsunderlaget:

Anbudets form och innehåll

I anbudet anges:

- Kalkpris inklusive frakt, fast pris för 2010.
- Kalkkvalitet/produktspecifikation.
- Fysiska egenskaper som partikelstorlek, specifik yta och volymvikt.
- Kvalitetssäkring.
- Hur leveranskraven uppfylls.
- Leveranssäkerhet.
- Brytningsplats samt transportavstånd från tillverkningsstället till Lidköpings Värmeverk.

Anbudsprövning

Lagen om offentlig upphandling inom försörjningssektorn gäller. Förenklad upphandling med förhandling tillämpas. Anbud kan dock komma att antas utan föregående förhandling.

Anbud kommer att utvärderas enligt bifogad utvärderingsmall varvid det anbud som ger den lägsta totalkostnaden kommer att antas förutsatt att kvalitet och leveranskrav är uppfyllda.

Om skillnaden mellan lägsta anbud och näst lägsta anbud är mindre än 5 procent bedöms även miljöbelastningen varvid den leverantör som har kortast transportavstånd från brytningsstället via tillverkningsplatsen till Lidköpings Värmeverk antages.

Beskrivning

Produkt: Släckt kalk Ca(OH)_2

Mängd: Beräknat årsbehov ca 1000 ton räknat på standardkvalitet.

Standardkvalitet normalvärden: Specifik yta $16 \text{ m}^2/\text{g}$. Volymvikt 500 kg/m^3

Alternativa kvalitéter får offereras.

Leveranskrav

Leverans sker till kalksilo vid Lidköpings Värmeverk. Silovolym max 75 m^3 . Levereras i poster upp till ca 25 ton.

Priset skall inkludera frakt till Lidköpings Värmeverk inblåst i silo.

Leverans sker löpande under året inom tre (3) dygn efter avrop.

Utvärderingsmall

A Beräknad årsförbrukning vid standardkvalitet	1000 ton
B Reduceringsfaktor
C Kalkpris inklusive fraktSEK/ton

D Deponikostnad inklusive frakt 686 SEK/ton

E Totalkostnad $A*B*(C+D)$ 0 SEK**Förklaring av reduceringsfaktor**

Prov med kalk med hög porösitet har genomförts vid LVAB.

Utvärdering av proven visar att förbrukningen minskar med 30 procent i medeltal jämfört med standardkalk. Vid utvärdering av anbuden kommer därför följande reduceringsfaktorer att användas för beräkning av totalkostnad.

Standardkalk 1

Kalk med hög porösitet 0,7

Utvärderingen:**Sammanställning av utvärderingsmallar kalk till rökgasrening för 2010**

	Anbudsgivare	Års-mängd ton	Reduceringsfaktor	Kalkpris kr/ton	Deponeringspris kr/ton	Totalpris kr	Transportavstånd km
1	Faxe-kalk	1000	0,7	2100	686	1950200	1100
2	Nord-kalk	1000	1	1277	686	1963000	600

Anbudsprövning enligt förfrågan:

Anbud kommer att utvärderas enligt bifogad utvärderingsmall varvid det anbud som ger den lägsta totalkostnaden kommer att antagas förutsatt att kvalitet och leveranskrav är uppfyllda. Om skillnaden i totalkostnad är mindre än 5 % bedöms även miljöbelastningen varvid den leverantör som har kortast transportavstånd från brytningsstället via tillverkningsplatsen till Lidköpings Värmeverk antages.

Utvärdering:

Upphandling kommer att ske från Nordkalk som

1. uppfyller ställda kvalitet och leveranskrav
2. har en skillnad i totalkostnad mot lägsta anbud på mindre än 5 procent
3. har kortast transportavstånd

Förvaltningsrättens bedömning

Sökanden har som huvudsaklig grund för sin framställning åberopat att Lidköpings Värmeverk AB genom det i upphandlingen ställda kravet på kortaste transportavstånd brutit mot de EG-rättsliga principer som omfattas av bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF.

Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Av central betydelse för upphandlingsförfarandet är vilket anbud som den upphandlande är skyldig att anta. Bestämmelser i sistnämnda avseende finns, såvitt nu är i fråga, i 15 kap 16 § LUF. Enligt paragrafens första stycke är den upphandlande enheten skyldig att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som har lägst pris. Avser den upphandlande enheten att välja det först nämnda alternativet skall enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse samt ange hur dessa viktas eller rangordna dem efter angelägenhetsgrad. Bestämmelserna får ses mot bakgrund av regleringen i 1 kap. 24 § LUF och de principer om bland annat öppenhet och förutsebarhet, icke-diskriminering och likabehandling som kommer till uttryck i gemenskapsrätten. Härav följer att regleringen i angivna hänseenden är tvingande och att villkor för upphandlingen som strider mot regleringen är utan verkan.

Sökanden har i första hand gjort gällande att den upphandlande enheten brutit mot bestämmelserna i 12 kap. 1 och 2 §§ LUF genom att frångå till-

delningsgrunden "lägst pris" och istället tilldela kontraktet i upphandlingen den anbudsgivare som bedömdes ha lämnat det ur miljösynpunkt bästa anbudet. Motsvarande bestämmelser vid förenklad upphandling är intagna i 15 kap. 16 § LUF.

Redan förfrågningsunderlagets utformning ger emellertid enligt förvaltningsrättens uppfattning vid handen att det inte är fråga om en upphandling med lägsta pris som ensamt utvärderingskriterium. Två utvärderingskriterier har angetts, nämligen den på särskilt sätt med utgångspunkt i anbudspris, kvalitet och tillkommande deponikostnader beräknade totalkostnaden för anbudet och transportavståndet. Mot beräkningen av totalkostnaden föreligger ingen erinran i målet. Därigenom att transportavståndet angetts att användas som utvärderingskriterium endast i det fall anbudet bedöms som prismässigt likvärdiga inom en kostnadsskillnad på fem procent, får föreskriven prioritetsordning mellan kriterierna vara uppfylld. Samtliga nu nämnda omständigheter framgår av förfrågningsunderlaget. Något byte av tilldelningsgrund har således enligt förvaltningsrättens uppfattning inte skett under upphandlingen. Skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i 15 kap 1 och 2 §§ LUF jämförda med 12 kap. 1 och 2 §§ samma lag föreligger då inte.

Sökanden har vidare till stöd för sin framställning om ingripande enligt LUF åberopat att det miljökrav som använts i utvärderingsmodellen inte är förenligt med principerna om icke-diskriminering och proportionalitet i 1 kap. 24 § LUF. Fråga uppkommer därför om den upphandlande enheten vid utvärderingen använt ett enligt gemenskapsrätten och LUF otillåtet urvalskriterium.

Förvaltningsrätten konstaterar härvidlag att en upphandlande enhet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande och att det inte finns några principiella hinder mot att den

upphandlande enheten ställer sådana krav på en leverantör som är betingade av miljöhänsyn. Exemplifieringen i 12 kap. 1 § andra stycket LUF anger bland annat miljöegenskaper som ett av de kriterier som den upphandlande enheten ska ta hänsyn till. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna, däribland icke-diskriminering och proportionalitet. Ett krav på miljöhänsyn som innebär en konkurrensbegränsning får därvid anses vara diskriminerande om det inte samtidigt står i proportion till den miljövinst som följer av kravet. Det nu sagda innebär att ett miljökrav vid upphandlingen måste vägas mot övriga ställda kriterier. Vidare följer av ovannämnda bestämmelse i 12 kap. 1 andra stycket LUF att det använda kriteriet ska vara kopplat till föremålet för kontraktet.

Det nu aktuella urvalskriteriet anges vara en bedömning av miljöbelastningen varvid den leverantör som har kortast transportavstånd från brytningsstället via tillverkningsplatsen till Lidköpings Värmeverk kommer att antas. Transportavstånden har efterfrågats i anbudsunderlaget. Någon ytterligare förklaring avseende bedömningen av miljöbelastningen lämnas inte i underlaget.

Förvaltningsrätten finner att urvalskriteriet, som inte är kopplat till föremålet för kontraktet, utformats på ett sådant sätt att det utgör ett konkurrensbegränsande och därigenom diskriminerande kriterium då det ensidigt gynnar den leverantör som har sitt brytningsställe närmast stället för leveransen. Någon omständighet som innebär att kravet på enbart en kortare transportsträcka likväl framstår som proportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen har inte framkommit. Det använda urvalskriteriet kortaste transportsträcka är därför enligt förvaltningsrättens mening inte förenligt med bestämmelserna i 1 kap 24 § LUF, vilket utgör grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUF.

Sökanden har även i målet ifrågasatt om annonsering av upphandlingen gjorts i den i 15 kap. 4 § LUF föreskrivna ordningen vid förenklad upphandling. Den upphandlande enheten har i genmäle härpå uppgett att upphandlingen annonserats på dess hemsida och att detta ansetts vara tillräckligt. De två största i Sverige kända leverantörerna har tillställts förfrågningsunderlaget direkt.

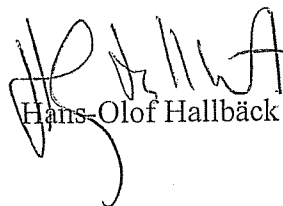
Ifrågavarande bestämmelse om annonsering i elektronisk databas kommenteras i proposition 1999/2000:128 med bland annat följande uttalande (sid.26). Upphandlande enheter har eller bör i de flesta fall ha starka skäl att välja en databas som är tillgänglig för så många tänkbara leverantörer som möjligt, och därmed är allmänt tillgänglig, utifrån enhetens intresse av en effektiv konkurrens och möjligheterna att uppnå förmånliga inköpsvillkor. I LOU föreslås därför inte annan reglering än att databasen skall vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla.

Mot bakgrund av nämnda uttalande och den upphandlande enhetens egna uppgifter finner förvaltningsrätten tillräckliga skäl för att anse att den upphandlande enheten brustit i föreskriven annonsering på sätt som innebär ett hinder mot effektiv konkurrens.

Sammantaget finner förvaltningsrätten förutsättningar föreligga för att med stöd av 16 kap. 2 § LUF förordna att upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång skall det interimistiska beslutet att upphandlingen tills vidare inte får avslutas bestå i avvaktan på lagakraftägande dom.

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


Hans-Olof Hallbäck