



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-07-01
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 13459-18

SÖKANDE

Ejlertslund Grus & Betong AB, 556132-2727

Ombud: Helena Cristiansson
 Ö Vemmerlöv
 272 97 Gärsnäs

MOTPART

Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

KONKURRENSVERKET	
2019-07-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Ejlertslund Grus & Betong AB:s ansökan om ingripande enligt LUF och förordnar att Simrishamns kommuns upphandling av fyllnadsmaterial och schaktmassor D-nr SBN 2018/895 ska göras om.

Dok.Id 493259

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Simrishamns kommun genomför upphandling avseende fyllnadsmaterial och schaktmassor (D-nr SBN 2018/895). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LUF. Syftet med upphandlingen är att tillgodose kommunens behov av sand-, grus-, sten-, och annat fyllnadsmaterial i samband med gatuarbeten, mindre schaktarbeten samt planerade anläggnings- och servicearbeten. Ramavtalet omfattar enbart uppdrag till och från kommunens VA-enhet.

Genom tilldelningsbeslut den 20 november 2018 antogs Skanska Industrial Solutions AB som leverantör av fyllnadsmaterial och schaktmassor.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Ejlertslund Grus och Betong AB (Ejlertslund) ansöker om överprövning och yrkar att utvärderingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Ejlertslund är ett av fyra bolag som lämnat anbud i upphandlingen. Två bolag har lämnat mycket lägre anbud än Ejlertslund och ett annat bolag. Förklaringen är att bl.a. Ejlertslunds terminal är centralt placerad i Simrishamns kommun, vilket borde vara en stor fördel för kommunen då det ofta är akuta åtgärder som VA-enheten arbetar med. De två andra anbuden som hade ett lägre pris har sina terminaler placerade i Önnestad, med en transporttid på cirka 2,5 timme. Denna frakt måste kommunen köpa in, med resultatet att slutsumma blir högre än om materialet köpts från dem. Denna fraktkostnad gör att företagen i Önnestad har ett orimligt avstånd till Simrishamns kommun. Kommunen borde därmed ha förkastat dessa anbud, där anläggningen inte ligger inom rimligt avstånd för att hämta och lämna material. Det är inte heller miljömässigt hållbart att ha en terminal så långt bort. De skulle ha kunnat lämna ett billigare pris med en terminal på ett annat geografiskt avstånd men de kunde inte tänka sig att det endast var priset

som skulle vara avgörande. Hade de vetat att ett pris från en mer avlägsen plats skulle accepteras hade deras anbudspris varit mycket lägre än det vinnande anbudet.

Simrishamns kommun anser i första hand att ansökan ska avvisas som för sent inkommet då ansökan lämnats in dagen efter att avtalsspärren löpte ut. Om ansökan ändå prövas anser kommunen att den behöver kompletteras med uppgifter om på vilket sätt kommunen har brutit mot LUF och på vilket sätt Ejlertslund riskerar att lida skada. Endast den omständigheten att en anläggning är placerad orimligt långt ifrån kommunen bör inte kunna ligga till grund för att ett anbud ska uteslutas. Kommunen gör bedömningen att verksamheten kan fungera bra även om schaktmassor och material ska hämtas/lämnas i Önnestad.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande enheter ska enligt 4 kap. 1 § LUF behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LUF kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 20 kap. 1 § LUF framgår bl.a. att om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med elektroniskt

medel, får den upphandlande enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Av prop. 2009/10:180 s. 109 framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten inte samma dag skickar underrättelsen om tilldelningsbeslut till samtliga anbudssökande eller anbudsgivare, måste avtalsspärrens längd anges utifrån den dag då den sista underrättelsen skickas.

Relevanta delar av upphandlingsdokumenten

I upphandlingsdokumenten anges att vid hämtning av varan gäller leveransvillkor fritt lastat vid anbudsgivarens depå (punkt 4.3.2) och vid leverans av varan gäller leveransvillkor fritt levererat inom Simrishamns kommun (punkt 4.3.3). I prisbilagan finns en kolumn för angivande av pris per ton material.

I frågor och svar har kommunen den 10 oktober 2018, på fråga om priset ska vara detsamma oavsett leveranssätt, informerat om att priserna i prisbilagan ska lämnas exklusive frakt. Kommunen angav vidare att om leverans efterfrågades kommer det att beställas separat.

Vidare informerade kommunen den 15 oktober 2018 bl.a. om att kommunen har ett lager på Branteviksvägen 58 och att då transporter till och från anbudsgivarens depå är en direkt kostnad för kommunen kan upphandlingen komma att avbrytas om anbudsgivaren erbjuder en depå på orimligt långt avstånd från den platsen.

Den 17 oktober 2018 förtydligade kommunen i frågor och svar att med ”rimligt” avstånd menas att den fraktkostnad som blir förknippad med att

hämta massorna ska stå i rimlig proportion till de priser som massorna erbjuds till. Kommunen anger samtidigt att det är svårt att sätta en exakt avståndsgräns innan det är känt vilka priser som lämnas i anbuden.

Förvaltningsrättens bedömning

När det först gäller huruvida Ejlertslunds ansökan kommit in i rätt tid framgår det av de handlingar kommunen lämnat in att tilldelningsbeslutet meddelades genom deras upphandlingssystem fredagen den 9 november 2018 kl. 15.37. Meddelandet nådde emellertid inte fram till den e-postadress som Ejlertslund hade angivit. Först måndagen den 12 november 2018 uppmärksammade kommunen detta och skickade beslutet direkt till företrädaren för bolaget. Kommunen invänder att det framgår i systemet att företrädaren den 10 november 2018 läste meddelandet. Mot bakgrund av felmeddelandet är det förvaltningsrättens uppfattning att fristen för Ejlertslund inte kan räknas från den 9 november 2018 utan från tidpunkten för då underrättelsen sändes den 12 november 2018. Ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 20 november 2018 har därför kommit in i rätt tid.

Vid överprövningar enligt LUF gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Rätten är emellertid inte bunden av sökandens yrkanden. En bedömning måste göras med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten. Beroende på om ett fel som sökanden åberopar påverkat det inledande skedet eller utvärderingen kan rättsföljden bli att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs klara och tydliga upphandlingsdokument som ger anbudsgivaren tillräcklig ledning för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Av handlingarna ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav

måste upprätthållas och ett anbud som inte uppfyller dessa krav får inte antas. En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka förutsättningar som ska gälla i en viss upphandling. Utformningen måste dock vara förenlig med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LUF.

Enligt upphandlingsdokumenten ska anbudspriser anges exklusive frakt. Samtidigt anges att upphandlingen kan komma att avbrytas för det fall att anbudsgivaren erbjuder en depå på ett orimligt långt avstånd från kommunens lager och att med rimligt avstånd menas att fraktkostnaden ska stå i proportion till de priser som erbjuds. Dessa formuleringar ger enligt förvaltningsrätten inte en tänkbar leverantör ett tillräckligt tydligt underlag för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingsdokumenten uppfyller därmed inte kraven på transparens och förutsägbarhet.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Ejlertslund har visat att kommunen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot 4 kap. 1 § LUF. Då Ejlertslund till följd härav har lidit eller riskerat att lida skada föreligger grund för ingripande mot upphandlingen. Eftersom de brister i upphandlingen som har konstaterats är hänförliga till upphandlingsdokumenten och därmed till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Förvaltningsrätten beslutar idag att upphandlingen även ska göras om på talan av AT Grus & Co AB (mål nr 13458-18).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kerstin Hardgren

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.