



SÖKANDE

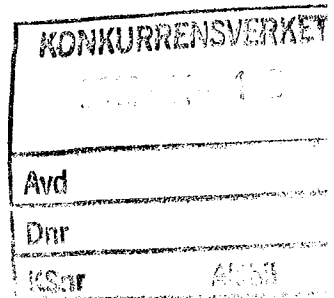
SUEZ Recycling AB, 556108-8393

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och jur.kand. Wille Steinert
Magnussons Advokatbyrå AB
Box 7413
103 91 Stockholm

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818

Ombud: Bolagsjurist Lotten Blomkvist
Swedavia AB
190 45 Stockholm-Arlanda



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 13 februari 2018 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Swedavia AB (Swedavia) genomför en upphandling avseende ramavtal för hantering av förorenade schaktmassor, dnr UH-2017-750.

Förvaltningsrätten har den 13 februari 2018 förordnat att Swedavia inte får ingå avtal i upphandlingen innan förvaltningsrätten har avgjort målet slutligt eller något annat har bestämts.

SUEZ Recycling AB (SUEZ) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Vidare yrkar SUEZ att förvaltningsrätten, för det fall att Swedavia bestrider att enbart en leverantör kan uppfylla i upphandlingen ställt obligatoriskt krav, inom ramen för sin utredningsskyldighet begär in tilldelningsbeslutet. Till stöd för sin talan anför SUEZ i huvudsak följande.

Swedavia har genom att föreskriva ett krav på att leverantören ska förfoga över en tippanläggning inom 35-kilometers radie från Bromma Stockholm Airport förhindrat samtliga leverantörer utom Ragn-Sells AB (Ragn-Sells) från att kunna delta i upphandlingen. Swedavia har ställt 35-kilometerskravet i syfte att minska kostnaderna för transport trots att upphandlingen enbart omfattar omhändertagandet av jord- och schaktmassor och inte transporten av massorna. 35-kilometerskravet har således inget samband med föremålet för upphandlingen. På grund av den bristande konkurrens som uppstår till följd av 35-kilometerskravet innebär kravet sannolikt en högre kostnad för Swedavia än om upphandlingen hade genomförts utan kravet. Det är uppenbart att 35-kilometerskravet är oproportionerligt betungande på Suez och övriga potentiella leverantörers intresse av att delta i upphandlingen jämfört med Swedavias kostnadsbesparande syfte med kravet som dessutom går förlorat just med anledning av kravet. Genom att föreskriva 35-kilometerskravet har Swedavia i strid med de grundläggande

upphandlingsrättsliga principerna om ickediskriminering, likabehandling och proportionalitet såsom de framgår av 4 kap. 1 § LUF, förhindrat Suez från att rätteligen kunna delta i upphandlingen. Till följd av Swedavias brott mot LUF har Suez lidit, eller kan komma att lida, skada på så sätt som anges i 20 kap. 6 § LUF och det finns därmed skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen och förordna att den ska göras om.

Genom att föreskriva 35-kilometerskravet behandlas leverantörerna olika på så sätt att leverantörer med lokal närvaro gynnas på bekostnad av Suez och samtliga övriga potentiella leverantörer utan lokal närvaro. 35-kilometerskravet innebär att enbart Ragn-Sells, som har lokal närvaro i form av en tippanläggning inom en radie av 35 km från Bromma Stockholm Airport som kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser, kan lämna anbud i upphandlingen och att Suez och samtliga övriga potentiella leverantörer förhindras från att rätteligen kunna delta i upphandlingen. Genom 35-kilometerskravet behandlas leverantörerna således olika och kravet diskriminerar Suez och samtliga övriga potentiella leverantörer till förmån för Ragn-Sells.

Kostnadsbesparing kan i allmänhet inte anses vara ett objektivt godtagbart skäl för att begränsa konkurrensen i en upphandling i sådan omfattning att enbart en leverantör kan lämna anbud. I synnerhet kan inte kostnadsbesparing anses sakligt motivera 35-kilometerskravet eftersom Swedavia under upphandlingen har informerats om att deras bedömning/indikationer var felaktig(a) och att kostnaderna inte nämnvärt kommer att påverkas av avståndet för transport. Swedavia har ändå valt att utgå från att så skulle vara fallet, utan att överhuvudtaget bemöda sig med att utreda om 35-kilometerskravet har någon som helst påverkan på kostnaderna. Dessutom saknar 35-kilometerskravet koppling till upphandlingsföremålet och kan således inte anses vara sakligt motiverat.

Upphandlingen syftar till att tillgodose Swedavias behov av omhändertagande av jord- och schaktmassor i samband med schakt-, fyllnings- och asfalteringsarbeten med anledning av utbyggnad och ombyggnad av Bromma Stockholm Airport. Eftersom transport av massorna dock inte omfattas av föremålet för upphandlingen, utan antagligen upphandlas i en separat upphandling, påverkas Swedavias kostnader i upphandlingen inte på något sätt av vilka kostnader potentiell transportleverantör har. 35-kilometerskravet har således inget naturligt samband med föremålet för upphandlingen och bidrar inte på något sätt till att Swedavia uppnår syftet med upphandlingen. 35-kilometerskravet är således redan på denna grund i strid med den grundläggande upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen.

För det fall 35-kilometerskravet mot all förmodan bedöms ha ett naturligt samband med kontraktsföremålet är kravet ändå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det finns flera mindre ingripande alternativ som uppnår de av Swedavia åberopade syftena med 35-kilometerskravet. Swedavia hade bland annat kunna använda en utvärderingsmodell som premierar kortare transportavstånd och mindre miljöpåverkan genom t.ex. avdrag på utvärderingssumman.

Det aktuella obligatoriska 35-kilometerskravet innebär i praktiken att en leverantör som saknar tippanläggning som kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord-och schaktmassor samt föroreningsklasser inom det angivna området inte har någon möjlighet att delta i upphandlingen. Upphandlingen annonserades den 15 januari 2018 och anbud ska lämnas via e-avrop senast den 14 februari 2018. En leverantör som, i likhet med Suez, saknar erforderlig tippanläggning inom en radie av 35 kilometer från Stockholm Bromma Airport har således haft maximalt 30 dagar på sig att hitta lämplig mark inom den föreskrivna radien om 35 kilometer, teckna kontrakt med hyresvärden för den aktuella marken, genomföra

eventuella nödvändiga anpassningar av marken, ansöka om och erhålla tillstånd från länsstyrelsen samt etablera själva tippanläggningen. Det är uppenbart att det krävs betydligt mer tid än 30 dagar för att genomföra dessa åtgärder. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörande HFD 2012 ref. 48 (I) och (II) anfört att de tidsramar en upphandlande myndighet sätter inte får vara så snäva att en viss leverantör gynnas framför andra. Genom att inte anpassa genomförandetiden för upphandlingen förhindras Suez från att rätteligen kunna delta i upphandlingen.

Swedavia har inte närmare motiverat varför just en radie av 35 kilometer från Stockholm Bromma Airport har valts. Swedavia har inte heller redovisat någon utredning om varför transportkostnaderna avsevärt skulle öka för det fall tippanläggningen är belägen mer än just 35 kilometer från Stockholm Bromma Airport (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 19 januari 2017 i mål nr 2222-16). Suez har t.ex. en tippanläggning 51 kilometer från Stockholm Bromma Airport, dvs. cirka 20 minuter extra restid per väg jämfört med restiden till den tippanläggning som Ragn-Sells har, som kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser. Trots den marginellt längre restiden för Suez bedömer Suez att det, 35-kilometerskravet förutan, hade kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Det obligatoriska 35-kilometerskravet är i strid med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om främjande av konkurrens. Principen om främjande av konkurrens kommer till uttryck i 4 kap. 2 § LUF och innebär att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Principen om främjande av konkurrens tydliggör således gränserna för de upphandlande enheternas handlingsutrymme (se prop. 2015/16:195 s. 427 f.).

Swedavia bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Det ställda kravet på närhet till tippanläggning är proportionerligt utifrån det behov och de miljökrav Swedavia har att möta för det aktuella uppdraget. Swedavia har vid genomförandet av upphandlingen således inte brutit mot LUF och någon av dess grundläggande principer.

Borttransporten av massor sköts av de för markentreprenaderna anlitate entreprenörerna. Att massor blir bortforslade kontinuerligt och i tid är helt avgörande för att hålla tidsramarna och undvika ställtider i projekten på flygplatsen.

Varje tillkommande kilometer i transportavstånd innebär längre transporttider och behov av fler lastbilar för borttransporten för att klara samma flöde. För att belysa känsligheten i transportkapacitet ges här ett praktiskt exempel; Utlastning av massor var femte minut med ett transportavstånd om 35 km till tippanläggningen kräver i vart fall ett tjugotal lastbilar för att inte onödiga avbrott och stillestånd med förseningar i projekten ska uppstå. Skulle transportavståndet öka till 50 km ökar behovet av lastbilar till ett trettioital. Med ett stort antal pågående infrastrukturprojekt i Stockholmsområdet är den aktuella marknaden överhettad, innebärande att samtliga projekt konkurrerar om samma lastbilskapacitet. Det är därför mycket osannolikt att Swedavias anlitate entreprenörer kan säkerställa en kapacitet på lastbilar som garanterar att det inte uppstår stillestånd vid utlastning och bortforsling med jämna mellanrum. För att i möjligaste mån säkerställa nödvändig kapacitet för att möta Swedavias behov krävs därmed så korta transportsträckor som möjligt. Transportavståndet har varit av största vikt i upphandlingen då transportkapaciteten i de pågående entreprenaderna, i vilka transport av massor ingår, är begränsad. Den omständigheten har Swedavia inte kunnat råda över vid genomförandet av upphandlingen. Längre transportavstånd påverkar självklart transportkapa-

citeten. Som referensuppgift kan anges att antalet transportrörelser (till och från tippanläggning) i entreprenadprojekt på Bromma uppgår till ca 15 000 per år.

Det aktuella kravet är vidare satt utifrån Swedavias högt ställda miljömål med noll koldioxidutsläpp till 2020. Swedavia har vid sina upphandlingar att ta hänsyn till den påverkan på miljö- och hållbarhet som upphandlingsföremålet innebär och därmed den miljökostnad som upphandlingen leder till, utöver priset för aktuell tjänst. Transportsträckor och antal lastbilar ger en direkt påverkan på koldioxidutsläpp och därmed på miljökostnaden för uppdraget.

Att det aktuella kravet endast kan uppfyllas av en aktör på marknaden är inte korrekt. Vid anbudstidens utgång hade Swedavia fått in två anbud som uppfyllde det aktuella kravet om tippanläggning inom 35 km. Då upphandlingssekretess alltjämt råder är Swedavia förhindrat att inge uppgift om vilka de aktuella anbudsgivarna är. Den ena anbudsgivaren har dock åberopat annans kapacitet för att uppfylla det obligatoriska kravet om anläggning, som kan ta emot samtliga aktuella massor, inom 3,5 mil från Bromma Airport. Genom den åberopade kapaciteten uppfylls samtliga de krav som ställts på anläggningen. Bolagets antagande att fler giltiga anbud inte har kunnat lämnas är således felaktigt.

SUEZ svarar och anför i huvudsak följande.

Under förutsättning att domstolen inte självant, med anledning av sin utredningsskyldighet, begär in anbuderna från de två anbudsgivarna i upphandlingen för att avgöra om/hur de båda anbudsgivarna uppfyller det obligatoriska 35-kilometerskravet och kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser (jfr HFD 2015 ref. 55 och Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 17 maj 2018 i mål nr 1968-17), kan Suez konstatera följande. Eftersom det enbart är Ragn-Sells anläggning

i Högbytorp som är belägen inom det obligatoriska 35-kilometerskravet och kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser, är det ett rimligt antagande att den ena anbudsgivaren i upphandlingen är Ragn-Sells. Den andra anbudsgivaren saknar således uppenbarligen egen tippanläggning inom det obligatoriska 35-kilometerskravet som kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser, och har därför varit nödgad att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla det obligatoriska 35-kilometerskravet i upphandlingen. Eftersom det enbart är Ragn-Sells anläggning som uppfyller det obligatoriska 35-kilometerskravet och kan motta samtliga i upphandlingen aktuella jord- och schaktmassor samt föroreningsklasser, måste den andra anbudsgivaren således i vart fall ha åberopat Ragn-Sells kapacitet för att kunna uppfylla det obligatoriska 35-kilometerskravet och kvalificeras i upphandlingen. Det faktum att ytterligare en leverantör lämnat anbud med åberopande av Ragn-Sells kapacitet påverkar således överhuvudtaget inte frågan om det obligatoriska 35-kilometerskravet är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LUF ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder SUEZ anför.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av EU-domstolens praxis angående proportionalitetsprincipen (se t.ex. mål C-234/03 Contse m.fl.) framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se även bl.a. NOU:s yttrande den 11 maj 2005, dnr 2005/0088-29, Konkurrensverkets yttrande den 15 juli 2008 i Kammarrätten i Stockholms mål nr 4283-08 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09).

Swedavia har i upphandlingens administrativa föreskrifter bl.a. ställt följande krav.

AFD.1 Omfattning

Under utbyggnaden och ombyggnaden för säkerhetsklassning 3C på Bromma Stockholm Airport förekommer omfattande schakt-, fyllnings- och asfalteringsarbeten. I samband med dessa arbeten behöver jord och andra schaktmassor omhändertas för deponi då det förekommer olika former av föroreningar i jord- och schaktmassorna.

Tippanläggning ska vara belägen inom en radie av 35 km från Bromma Stockholm Airport.

SUEZ har anfört att kravet på tippanläggningens geografiska belägenhet är oproportionerligt. Genom kravet gynnas leverantörer med lokal närvaro. Det är endast en leverantör som har en för upphandlingen fullgod tippanläggning inom föreskriven radie. Det finns inget naturligt samband mellan kravet på geografisk belägenhet och föremålet för upphandlingen. Även om så skulle vara finns det flera mindre ingripande alternativ med vilka Swedavia skulle kunna uppnå de åberopade syftena bakom kravet. Det har föreskrivits för snäva tidsramar för att etablera ny tippanläggning. Kravet strider mot principen om fri konkurrens. Swedavia har mot detta anfört att kravet är av

största vikt. Varje tillkommande kilometer i transportavstånd innebär längre transporttider och behov av flera lastbilar för att klara borttransporten. Transportavståndet är av största vikt då transportkapaciteten, i vilken transport av massor ingår, är begränsad. Detta är en omständighet som Swedavia inte har kunnat råda över vid genomförandet av upphandlingen. Kravet är också satt utifrån Swedavias högt ställda miljömål. Kravet ifråga har kunnat fyllas av fler än en anbudsgivare. I upphandlingen har Swedavia fått in två anbud, varav i ett åberopas annans kapacitet.

Det kan inledningsvis konstateras att vad SUEZ anfört om att det endast finns en utifrån upphandlingens krav fullgod tippanläggning inom den föreskrivna radien och att leverantör, som åberopar annans kapacitet, måste använda nämnda tippanläggning, inte motsagts av Swedavia. Förvaltningsrätten finner det därmed klarlagt att det endast är en möjlig leverantör som innehar den enda fullgoda tippanläggningen och att det därmed finns skäl att utgå från att den ytterligare anbudsgivaren i upphandlingen kunnat lägga anbud endast genom den förra leverantörens medverkan. Det saknas därför anledning för rätten att ta ställning till SUEZ begäran om att förvaltningsrätten ska vidta åtgärder inom ramen för utredningsskyldigheten enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291).

SUEZ har vidare gjort gällande att Swedavias krav på tippanläggningens geografiska belägenhet saknar koppling till kontraktsföremålet. Enligt förvaltningsrättens uppfattning framgår det emellertid av Swedavias förklaring om bl.a. transporttidens betydelse för transportkapaciteten samt Swedavias miljömål att det föreligger en tydlig koppling mellan kravet ifråga och det upphandlade kontraktsföremålet. Det har i sig varit relevant utifrån Swedavias behov i upphandlingen att ställa ett krav med aktuell åsyftad effekt.

Frågan är därefter om det eftersträvade syftet kunnat uppnås genom ett mindre ingripande alternativ. SUEZ har bl.a. pekat på att Swedavia kunnat

föreskriva en längre tillåten radie från flygplatsen för tippanläggning, kunnat tillåta en längre tid än en månad för att etablera en ny tippanläggning inom det föreskrivna geografiska området eller framställa liknande krav inom ramen för en utvärderingsmodell. Det kan konstateras att Swedavias krav har mycket långtgående effekter då det närmast leder till att all konkurrens i upphandlingen elimineras. Förvaltningsrätten anser inte, utifrån den förklaring som Swedavia gett, att det skulle ha framkommit att det inte hade varit möjligt för Swedavia att utforma upphandlingen så att kravet varit mindre ingripande. Enligt förvaltningsrättens uppfattning synes det ha varit möjligt för Swedavia att förbättra konkurrensen i upphandlingen genom ett till sin utformning mindre ingripande krav. I vart fall hade det varit möjligt att tillåta leverantörer en mer skäligen tid för att etablera en ny tippanläggning.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det aktuella kravets långtgående effekt på konkurrensen och möjligheten att uppnå eftersträvat syfte genom ett mindre ingripande alternativ att Swedavia utformat upphandlingen på ett sätt som strider mot den upphandlingsrättsliga principen om proportionalitet, vilket har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Bolaget har till följd av kravet inte kunnat lägga anbud i upphandlingen och har därmed lidit, eller riskerat att lida, skada. Bolagets ansökan om ingripande med stöd av LUF ska därför bifallas och det ska förordnas att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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 avisar 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 rättstillämpningen.
- 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.

