



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1

**DOM**  
 2016-12-07  
 Meddelad i Malmö

Mål nr  
 9717-16

**SÖKANDE**

Väla Mark & Trädgård AB, 556520-3550  
 Gamla vägen 20 A  
 254 68 Helsingborg

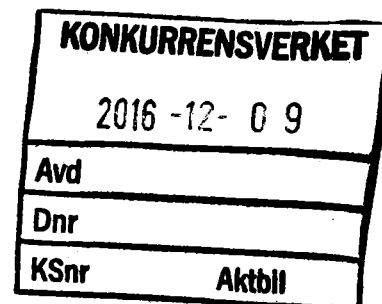
Ombud: advokaten Jimmy Cernelind  
 MAQS Advokatbyrå AB  
 Box 11918  
 404 39 Göteborg

**MOTPART**

VA SYD, 222000-2378  
 Box 191  
 201 21 Malmö

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND

VA SYD AB (VA SYD) genomför med ett öppet förfarande en upphandling av hantering och avsättning av avvattnat slam från avloppsreningsverk i VA SYD. Av tilldelningsbeslut den 13 september 2016 framgår att antagen anbudsgivare är Ragn-Sells AB (Ragn-Sells).

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

*Väla Mark & Trädgård AB, firma Biorec, (Biorec)* ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför Biorec bl.a. följande. Upphandlingen omfattar hantering och avvattning av avvattnat avloppsslam. Vid avtalsperiodens början ligger ca 7 månaders slamproduktion på mellanlager på VA SYD:s slamplattor. Borttransport och avsättning av detta slam ingår i uppdraget. Vid ordinarie avtalsperiods slut ska inget slam finnas på mellanlager.

Pris anges enhetligt per avvattnat ton slam (kr/ton). Ragn-Sells har offererat ett pris om 295 kr/ton. Biorec har offererat ett pris om 325 kr/ton. Av väsentlig vikt är förutsättningen att det vid avtalsperiodens början ligger ca 7 månaders slamproduktion på mellanlager på VA SYD:s slamplattor, vilket korresponderar med den föregående upphandlingen som genomfördes under 2013.

Den föregående upphandlingen har motsvarande konstruktion men med den väsentliga skillnaden att allt slam inte ska avsättas utan slam ligger kvar på mellanlager. Det är avloppsslam från april – oktober som finns kvar på mellanlager. VA SYD har ändrat i konstruktionen av förfrågningsunderlaget från 2013. Vid avtalsstart 2016 ligger ca 7 månaders slam på mellanlager.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**

Vid avtalsslut i 2016 års upphandling ska inget slam ligga på mellanlager, vilket innebär att allt slam ska avsättas och att någon extra kostnad för mellanlagring inte uppkommer i upphandlingen.

Kombinationen av redovisad förändring och Ragn-Sells anbudspriser i den föregående upphandlingen medför att Ragn-Sells för 7 månaders slam får näst intill dubbelt betalt. Ragn-Sells får betalt 366 kr/ton för hantering av mellanlagringen av slam som uppsamlats under avtalstiden för den föregående upphandlingen samtidigt som Ragn-Sells kommer att fakturera 295 kr/ton för avsättning av samma slamproduktion under kommande avtalsperiod. Det noteras att 7 månaders slam avser väsentliga belopp. Snittfaktureringen för slamhantering uppgår till 1 249 381 kr per månad, vilket för 7 månaders hantering innebär en fakturering om drygt 8,7 MSEK.

Det är uppenbart att Ragn-Sells offererade enhetspris i upphandlingen 2013 om 349 kr inte motsvarar kostnaden för transport till och hantering på mellanlager. Denna hantering är mindre kostsam än avsättning av slam. I 2009 års upphandling vilken föregick 2013 års upphandling lämnade Ragn-Sells ett pris för transport till och hantering på mellanlager om 70 kr/ton, vilket sedermera ökades till 75 kr/ton. Anledningen till att Ragn-Sells lämnade ett enhetspris i upphandlingen 2013 är att utvärderingsmodellen uppmanade till strategisk anbudsgivning. Priset är ett enhetspris som täcker in kostnaden samt vinstpåslag för samtliga moment (a-c) i upphandlingen 2013. Det är således en för formalistiskt och därtill naiv inställning att påstå att Ragn-Sells, beträffande det slam som kommer att ligga kvar på mellanlager, har utfört en tjänst under befintligt avtal och kommer att utföra en annan tjänst (avsättning) under kommande avtal. Ragn-Sells enhetspris omfattar kostnad och vinstpåslag även för avsättning. Ragn-Sells kostnad för hantering på mellanlager korresponderar inte med enhetspriset. Genom att Ragn-Sells för hantering på mellanlager ändå fakturerar enhetspriset får Ragn-Sells betalt ytterligare en gång när avsättning sker för samma slamproduktion. Detta

är anledningen till att Ragn-Sells kan offerera ett väsentligt lägre enhetspris i 2016 års upphandling än i 2013 års upphandling.

En upphandlande myndighet får inte utforma ett förfrågningsunderlag på sådant vis att en viss leverantör otillbörligt gynnas. Ragn-Sells har i upphandlingen givits en otillbörlig konkurrensfördel som strider mot likabehandlingsprincipen. Det finns ingen annan leverantör som har haft möjlighet att erhålla dubbel betalning för de slammassor som ingår i upphandlingen. Detta utgör inte ett led i en naturlig fördel för Ragn-Sells i egenskap av befintlig leverantör. Det utgör en konstlad snedvridning av konkurrensen som inte är tillåten. Upphandlingen ska därför göras om.

Biorec har till följd av förfrågningsunderlagets utformning fråntagits möjligheten att konkurrera på lika villkor.

*VA SYD* bestrider ansökan och anför bl.a. följande. En upphandlande enhet eller myndighet har enligt gällande lagstiftning rätt att själv bestämma utformningen av samtliga villkor för upphandlingen och entreprenaden samt ensamt avgöra tillvägagångsättet för kvalificering och utvärdering av inkomna anbud så länge detta sker i överrensstämmelse med upphandlingsrättsliga principer. *VA SYD* är av uppfattningen att bolagets ansökan bör avslås redan på den grunden att *VA SYD* i egenskap av upphandlande myndighet har en ovillkorlig rätt att självmant bestämma över utformningen av upphandlingen.

Till skillnad från upphandlingen år 2013 har *VA SYD* i nu aktuell upphandling ställt krav på att slamplattorna vid entreprenadens slut ska vara tomma, dvs. det ska inte ligga någon slamproduktion i mellanlager. *VA SYD* har vidare enbart infodrat ett pris per avvattnat ton slam.

Biorec anför att Ragn-Sells i egenskap av vinnande anbudsgivare i upphandlingen och leverantör i tidigare entreprenad genom ändrade beräkningsgrunder och ersättningsmodeller erhåller näst intill dubbel betalning för hanteringen av mellanlagrat slam samt att detta förhållande strider mot likabehandlingsprincipen.

Det kan konstateras att Ragn-Sells i egenskap av vinnande anbudsgivare i upphandlingen endast får betalt för borttransport, dvs. avsättning på åkermark eller annan avsättning av det lagrade slammet. Ragn-Sells har i upphandlingen från 2013 endast fått betalt för intern transport av det slam som kvarstår vid entreprenadens slut. Någon betalning för borttransport och avsättning har således inte skett i tidigare upphandling. I upphandlingen från 2013 offererade Ragn-Sells ett pris om 349 svenska kronor för intern transport per avhämtat ton slam. I Ragn-Sells anbud lämnades två av de tre tjänster som skulle prissättas tomma, dvs. ersättning ska inte utgå. Oberoende av Ragn-Sells prissättningsmodell har avloppsslammet ännu inte avsatts varför det inte blir fråga om utförandet av samma tjänst två gånger.

Av förfrågningsunderlagets utformning och därtill relevanta bilagor i upphandlingen framgår att betalning inte utgår för intern transport. Ragn-Sells kommer således i egenskap av vinnande anbudsgivare inte att erhålla betalning för samma tjänst varför sökandens påstående om dubbel betalning är direkt felaktig.

Anledningen till att VA SYD har ändrat ersättningsmodell är främst på grund av ekonomiska skäl. Tidigare har delbetalningsmomenten varit åtskilda i tid vilket orsakat svårigheter vid redovisning. VA SYD har i görligaste mån velat undvika dessa problem genom att enbart infodra ett pris vilket kommer att få till följd att kostnaderna hanteras när de uppkommer och att upparbetade skulder motverkas.

Hantering av avloppsslam tillhör en av VA SYD:s kärnverksamheter varför det sker kontinuerlig uppföljning och utveckling. Det ligger i saken natur att det sker förändringar i utformningen av förfrågningsunderlag för entreprenader liknande de nu i aktuellt fall där villkoren för upphandlingen syftar till att ständigt förbättra den affärsmässiga nyttan med slamhanteringen.

Biorec grundar skälen för sin ansökan på att förändring av villkor i nuvarande upphandling i förhållande till tidigare upphandling innebär en otillbörlig konkurrensfördel för Ragn-Sells. Biorecs resonemang skulle leda till att varje upphandlande myndighet eller enhet vid återkommande entreprenader skulle vara bundna av ett visst tidigare tillvägagångssätt. Ett förbud för upphandlande myndighet eller enhet att ändra villkoren i en ny upphandling jämfört med tidigare skulle skapa en inlåsnings effekt som i sin tur skulle leda till allvarliga affärsmässiga konsekvenser.

Det saknas sammanfattningsvis stöd för uppfattningen att upphandlande myndighet eller enhet inte skulle ha rätt att ändra villkor i nya upphandlingar jämfört med tidigare upphandlingar.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 16 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande enhet ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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. - Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Frågan i målet är om förfrågningsunderlagets konstruktion i nu aktuell upphandling, som i vissa avseenden skiljer sig från VA SYD:s föregående upphandling av det aktuella upphandlingsföremålet, innebär att den befintliga leverantören Ragn-Sells gynnats i förhållande till övriga leverantörer på ett sätt som står i strid med likabehandlingsprincipen.

Det kan inledningsvis konstateras att upphandlande enhet vid varje upphandling har stor frihet när det gäller utformningen av ett förfrågningsunderlag, inklusive vilka krav som ska ställas och vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas, under förutsättning att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas.

Den nu aktuella upphandlingen omfattar bl.a. borttransport och avsättning av sju månaders lagrat slam (från tidigare uppdrag) i uppdraget. Till skillnad från upphandlingen år 2013 ska det vid entreprenadens slut inte finnas något slam på mellanlager, utan lagrat slam ska avsättas. Biorec menar i korthet att Ragn-Sells genom strategisk prissättning i föregående upphandling i praktiken har tagit betalt inte enbart för sådant som omfattades av det uppdraget, utan även för avsättning av slam som inte omfattades av nämnda uppdrag. Ragn-Sells kan enligt Biorec därmed få dubbelt betalt för avsättning av lagrat slam som ingår i den entreprenad som nu upphandlas. Enligt Biorec gynnas Ragn-Sells därmed i förhållande till övriga leverantörer på ett sätt som står i strid med likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten kan konstatera avsättning av nu aktuellt lagrat slam inte ingick i föregående upphandling. Ragn-Sells kan således inte få betalt för denna avsättning två gånger, såsom Biorec gör gällande.

Enligt förvaltningsrättens mening kan principen om likabehandling normalt sett inte anses innebära att den upphandlande myndigheten måste vidta åtgärder för att beakta eller neutralisera intäkter som en leverantör har, har haft eller kan få i sin verksamhet. Det saknas skäl att göra en annan bedömning enbart på grund av att intäkterna har sitt ursprung i ett tidigare avtal med den aktuella upphandlande enheten (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 28 april 2015 i mål 5995-14). Att Ragn-Sells till följd av strategisk prissättning i föregående upphandling kan ha gjort en vinst som påverkat bolagets möjligheter vid prissättning i den nu aktuella upphandlingen, innebär således inte att upphandlande enhet varit skyldig att vidta åtgärder för att beakta eller neutralisera denna intäkt. VA SYD:s val av utformning av förfrågningsunderlaget i det i målet aktuella avseendet strider därmed inte mot principen om likabehandling. Biorecs ansökan ska följaktligen avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

  
Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet.





# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.