



SÖKANDE

Östgöta Grus & Berg AB, 556775-8767
Landsjö
610 20 Kimstad

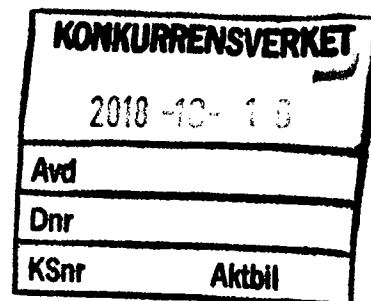
MOTPART

Finspångs Tekniska Verk AB, 556045-8811
612 80 Finspång

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avvisar talan om skadestånd.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Finspångs Tekniska Verk AB (Beställaren) genomför upphandlingen *Bergkross och grusmaterial för Finspångs Tekniska Verk AB 6036* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs i två block, *Avhämtat material* och *Levererat material*, genom öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Beställaren har i tilldelningsbeslut den 13 augusti 2018 antagit anbud lämnat av Sonstorps Åkeri AB. Anbud från GDL Transport AB har placerats på andra plats avseende Block 2 *Levererat material* i Upphandlingen.

Östgöta Grus & Berg AB (Bolaget) ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att en ny utvärdering ska genomföras avseende Block 2 *Levererat material* där anbudet från GDL Transport AB antas. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om i sin helhet. Bolaget yrkar därtill skadestånd om 150 000 kronor för det fall Bolagets första- och andrahandsyrkande inte bifalles.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan. Beställaren anser dock i första hand att Bolagets ansökan ska avvisas då Bolaget, som är en underleverantör och inte kan anses ha haft en avsikt att lämna anbud i Upphandlingen, saknar talerätt.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT**Bolaget**

Bolaget har ända sedan man köpte en egen täkt i Finspång år 2015 försökt att få leverera bergmaterial till Finspångs kommun och Beställaren. Sammantaget har Bolaget fått leverera 1400 ton till en cykelväg. Det kan noteras att den av Beställaren totala mängden inköpt bergmaterial under perioden

2015 – 2017 förmodligen uppgår till 30 000 ton. Bolaget har emellertid trott på Beställarens löften om kommande upphandling och avvaktat. Beställaren har vidare gett Bolaget informationen att det troligen inte skulle bli någon upphandling förrän efter sommarsemesterna.

I slutet på juli månad 2018 meddelade Beställaren Bolaget att man nu offentligt upphandlade grus- och bergmaterial. Det var då en vecka kvar till sista anbudsdag. Bolaget fann det dock omöjligt att lämna något bud i Upphandlingen på grund av den skeva fördelningen av satta takpriser. Takpriserna på grus var satta efter Sonstorps Åkeri AB:s normalprislista som ligger 20-25 procent över konkurrenternas normalprislistor. Samtidigt låg takpriserna på mottagning av schakt och stubbar samt lagerhållning och tillståndshantering av Beställarens asfalt betydligt under marknadspriserna. Vidare krävdes att alla fordon skall köras på HVO100, något som Bolaget inte ensamma kunde klara med så kort förberedelsestid. På grund av det nämnda lade Bolaget sitt bud i samarbete med GDL Transport AB på Block 2 *Levererat material* i Upphandlingen. GDL Transport AB ska enligt uppgörelse hämta det material som anbudet gäller i Bolagets täkt i Finspång.

Vid kontakt med Boverket framkommer att det är lagkrav att använda CE-märkta material vid byggverksamhet, vilket torde vara det som det upphandlade bergmaterialet ska användas till. Vidare ska s.k. harmoniserad standard enligt EU gälla vid offentlig upphandling, dvs. CE-märkning och certifiering av materialen. Bolaget är certifierat enligt SS-EN 13242. Att Sonstorps Åkeri AB kunde lägga det lägsta anbudet på Block 2 *Levererat material* beror på att företaget inte har några kostnader för certifiering. Detta innebär även att Sonstorps Åkeri AB inte uppfyller i Upphandlingen ställda krav.

Bolaget och GDL Transport AB lider skada genom att bli åsidosatta till följd av orättvis konkurrens. Sonstorps Åkeri AB kan erbjuda ett lägre pris genom att inte ha kostnaden för certifieringen. En ytterligare försäljning av

ca 10 000 ton bergmaterial innebär skalfördelar som nu tillfaller Sonstorps Åkeri AB istället för Bolaget. Om GDL Transport AB tilldelats kontrakt skulle Bolagets omsättning öka med ca 30 procent vilket skulle öka resultatet med ca 100 000 kr. Certifieringen kostar ungefär lika mycket. Därmed kan Bolaget sägas lida skada med minst 150 000 kr.

Beställaren

Upphandlingen gäller leverans av bergkross och grusmaterial för successiva uttag under avtalsperioden. Vid utvärderingen beräknades offererade priser i kr per ton för respektive produkt och position vilket multipliceras med angiven fiktiv volym. De olika delsummorna adderas och bildar utvärderingssumman. Anbudsgivaren med lägst pris tilldelas kontraktet. Sonstorps Åkeri AB lämnade anbud med lägst utvärderingssumma och tilldelades kontraktet.

Inledningsvis anför Beställaren att Bolaget inte har talerätt och att ansökan därför bör avvisas. En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att ansöka om överprövning är att leverantören har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Om ett sådant intresse inte föreligger saknar leverantören talerätt. En leverantör förutsätts alltså vara någon som har för avsikt att själv lämna anbud (jfr HFD 2017 ref. 62 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1625-16). En underleverantör till en anbudsgivare anses inte ha en avsikt att lämna anbud, varpå ansökan avvisas (jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2979-16).

Bolaget har inte själva lämnat anbud i Upphandlingen utan är en underleverantör till GDL Transport AB, som lämnat anbudet. Bolaget är därmed inte att anses som en leverantör, utan som en underleverantör. Östgöta Grus har alltså inte rätt att ansöka om överprövning av Upphandlingen.

För det fall att domstolen skulle finna att Bolaget har talerätt anför Beställaren följande. Såsom Bolagets talan får förstås så gör Bolaget gällande att det vinnande anbudet inte är certifierat enligt SS-EN 13242 och därför inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i Upphandlingen. Något obligatoriskt krav om att samtliga anbudsgivare ska vara certifierade enligt SS-EN 13242 återfinns dock inte i Upphandlingen. Det vinnande anbudet uppfyller därmed samtliga obligatoriska krav. Därmed har inte Beställaren handlat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU då man utvärderat det vinnande anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Begäran om skadestånd

Bolaget har yrkat på skadestånd om 150 000 kronor för det fall Bolagets första- och andrahandsyrkande inte skulle bifallas. Enligt 20 kap. 21 § LOU ska talan om skadestånd enligt LOU väckas vid allmän domstol. Förvalt-

ningsrätten är sålunda förhindrad att pröva denna fråga. Talan om skadestånd ska i enlighet härmed avvisas.

Fråga om talerätt

Beställaren har anfört att Bolaget inte ska anses ha talerätt i del som avser påstådda fel i upphandlingen då Bolaget valt att inte självt lämna anbud i Upphandlingen utan agerar underleverantör till GDL Transport AB. – Förvaltningsrätten finner sammantaget att talerätt i denna del föreligger då Bolaget utifrån de omständigheter som framkommit kan anses ha haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i Upphandlingen även om vissa enskilda krav tillsammans med tidsbrist har medfört att Bolaget till sist ansett sig förhindrat att lämna anbud i eget namn (se HFD 2017 ref. 62).

Påstådda fel i upphandlingen

Vad så gäller Bolagets invändningar ifråga om krav på certifiering enligt SS-EN 13242 kan följande sägas.

Förvaltningsrätten konstaterar att något obligatoriskt krav med innebörden att anbudsgivarna ska vara certifierade SS-EN 13242 inte har uppställts i upphandlingsdokumentet. Att Sonstorp Åkeri AB inte innehar nämnd certifiering utgör därmed inte skäl för ingripande mot Upphandlingen. – För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs det vidare att upphandlande myndighet antingen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Huruvida annan lag än LOU utgör hinder att använda material som inte är CE-märkt vid byggverksamhet kan således inte heller i sig ge anledning till någon åtgärd enligt LOU.

Sammanfattningsvis föreligger inte skäl för ingripande enligt LOU på av Bolaget anförd grund. Ansökan ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



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 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.

