



SÖKANDE

Pontech AB, 556589-9514
Box 2037
103 11 Stockholm

Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2014 -05- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Pontech AB:s ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 3 mars 2014 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Simrishamns kommun genomför en upphandling av två nya flytbryggor med accessbroar till småbåtshamnen i Simrishamn. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Vid tiden för ansökan hade anbudsfriheten ännu inte gått ut och något tilldelningsbeslut hade inte fattats. Kommunen har därefter beslutat att anta anbudet från Marintek Sweden AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Pontech AB, nedan Pontech, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om samt att förvaltningsrätten genom interimistiskt beslut ska förordna att kommunen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Som grund för sin ansökan anför Pontech följande. Kommunen har i de tekniska specifikationerna angivit krav på vissa varumärken, Örsta och Seaflex, utan att samtidigt ange någon sådan hänvisning med orden "eller likvärdigt" som gör att även annan tillverkning kan komma i fråga. Kravet på vissa varumärken överensstämmer inte med svensk eller europeisk eller annan på området vedertagen standard och saknar saklig relevans för det behov som ska uppfyllas med upphandlingen, eftersom även annan likvärdig tillverkning kan uppfylla kommunens aktuella behov av flytbryggor. Någon beskrivning av vilka egenskaper som inför kommunens nu aktuella bedömning skulle kunna kvalificera andra produkter har inte heller lämnats, varken i anbudsunderlaget eller på annat sätt. Kravet strider därmed mot den s.k. proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom kravet vidare är ägnat att gynna vissa leverantörer och därmed missgynna Pontech, som inte är återförsäljare av Örsta och Seaflex, strider det även mot förbudet i 6 kap. 4 § LOU. Pontech tillbakavisar även påståendet om att hamnförhållandena i just Simrishamn skulle vara sådana att enbart utrustning av varumärkena Örsta och

Seaflex kan komma ifråga, samt erinrar om att ett av syftena med LOU och de bakomliggande direktiven är att motverka otillbörligt hänsynstagande. Pontech, som levererar flytbryggor med anslutande monterings- och installationsarbeten till hamnar på såväl öst- som västkusten, är inte återförsäljare av produkter från Örsta eller Seaflex. Bolaget riskerar därmed att lida skada om enbart dessa varumärken kan komma ifråga för leverans i den aktuella upphandlingen. Skulle det emellertid vara så att även med Örsta och Seaflex likvärdiga produkter kan komma i fråga för anbudsgivning, är anbudsförutsättningarna i sådant fall motstridiga på ett sådant sätt att skall-kraven i rambeskrivningen motsägs av de allmänna villkoren i förfrågningsunderlaget. Anbudsunderlaget uppfyller därvid inte det krav på tydlighet och förutsebarhet som följer den s.k. transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Vidare är den s.k. implementeringsfristen mellan kontraktskrivning och slutbesiktning för kort. De tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter får enligt praxis inte vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Flytbryggor är inte någon lagervara utan tillverkning och anpassning sker för varje enskild beställning. Tiden i upphandlingen mellan datum för slutbesiktning den 30 april 2014 och avtalstecknande, vilket tidigast kan komma att ske den 12 mars 2014, är alltför kort. Detta gäller även med beaktande av att det under anbudstiden har varit möjligt att genomföra vissa förberedande åtgärder. Kommunen har tidigare i förfrågningsunderlaget givit uttryck för att det kan behövas en frist på ca tre månader från tidpunkten för beställning/kontraktskrivning den 31 januari 2014 till den 30 april 2014, då slutbesiktning senast ska ske. Vid nuvarande förhållanden har kontrakt tidigast kunnat tecknas den 12 mars 2014, varför implementeringsfristen t.o.m. slutbesiktningdatum åtminstone är en månad för kort. Även mot denna bakgrund föreligger det skäl till ingripande enligt LOU på grund av bristande likabehandling och proportionalitet. Pontech har härigenom lidit skada eller riskerar att lida skada, eftersom Pontechs möj-

lighet att delta med anbud i den aktuella upphandlingen omöjliggjorts eller i vart fall försvårats.

Simrishamns kommun bestrider bifall till ansökan och anför följande. Då kommunen redan har en liknande installation inom samma hamn (befintliga bryggor i samma småbåtshamn) där varumärkena Örsta och Seaflex framgångsrikt används har i denna upphandling valts samma system för helhetsaspekten. Det är för kommunen klart ogynnsamt att inom samma hamnområde ha olika bomsystem eller förankringssystem med avseende på helhetsintryck, lagerhållning av reservdelar och enhetlighet i hamnens karaktär. Kommunen ser systemen Örsta och Seaflex som unika i sin funktion och tekniska lösning varför andra bomsystem eller förankringssystem inte kan likställas med angivna varumärken. Förankringssystemet Seaflex mooring system har valts av kommunen då det visat sig att detta system är det som klart bäst klarar av förhållandena i hamnarna i Simrishamns kommun. Kommunen hindrar inte någon att lämna anbud på entreprenaden genom att specifikt ange varumärken då alla tänkbara entreprenörer har möjlighet att för entreprenadens genomförande inköpa både bommar av modell Örsta och förankringssystem modell Seaflex. Huvuddelen av entreprenaden handlar om själva bryggorna där bommar och förankring endast är viktiga delkomponenter. Vidare har likvärdighetsprincipen iakttagits i förfrågningsunderlaget under punkten AFD.21 där det anges att en vara och/eller arbetsmetod får bytas mot likvärdigt fabrikat.

Tidigare år har kommunen genomfört liknande upphandlingar med samma tidsmarginal. Tidsramen har då inte hindrat genomförandet av entreprenaden. Kommunen har även denna gång fått in anbud där anbudslämnare menar att man kan genomföra entreprenaden. Detta borde visa att även andra anbudslämnare skulle kunna fullgöra uppdraget inom angivna tidsperioder. Pontech i egenskap av leverantör kan inte anses ha lidit skada då de inte

producerar eller säljer förankringssystem eller bomsystem som av kommunen anses likvärdiga med efterfrågade system.

Interimistiskt beslut

Förvaltningsrätten har den 3 mars 2014 beslutat att kommunen när det gäller aktuell upphandling inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet 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.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fråga om utformning av krav avseende bommar och förankring

I förfrågningsunderlaget anges i rambeskrivningen, i de delar som nu är aktuella, att bommar ska vara typ Örsta samt att förankring av flytpontoner ska ske enligt Seaflex mooring system och att Seaflex betongankare för förankring inte får överstiga en höjd av 0,35 m från botten. Vidare anges i förfrågningsunderlaget under punkten AFD.21 att vara och/eller arbetsmetod får bytas mot likvärdigt fabrikat, arbetsmetod e.d. och att det åligger entreprenören att på ett objektivt sätt bevisa att av honom föreslagen ändring är till alla delar likvärdigt med förfrågningsunderlaget. Om entreprenören har för avsikt att byta ut någon i förfrågningsunderlaget angiven vara och/eller arbetsmetod mot likvärdig ska detta anges i anbudet.

Enligt förvaltningsrätten får Simrishamns kommun genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga bommar och förankringssystem av speciellt fabrikat anses ha gjort en hänvisning till varumärke vilket regleras i 6 kap. 4 § LOU. Det kan emellertid även konstateras att det i förfrågningsunderlaget uttryckligen anges att anbud med likvärdiga varor och metoder accepteras. Det är således möjligt även för företag som inte är återförsäljare av ifrågavarande fabrikat i nu aktuella hänseenden att lämna anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening kan således kommunens utformning av förfrågningsunderlaget i nu aktuella delar inte anses strida mot bestämmelserna i 6 kap. 4 § LOU. Den omständigheten att orden "eller likvärdigt" inte följer direkt på hänvisningen till fabrikat utan anges i en särskild punkt i förfrågningsunderlaget ändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att förfrågningsunderlaget härigenom skulle vara så otydligt att det kan anses strida mot bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU på denna av Pontech anförda grunden föreligger således inte.

Fråga om tid mellan avtalstecknande och slutbesiktning

En av förfarandereglernas viktigaste funktioner är att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten. Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas. Det gäller inte bara i fråga om anbudstiden utan också beträffande tiden mellan tecknandet av avtal och avtalsperiodens start.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges att samtliga arbeten ingående i entreprenaden ska vara färdigställda för slutbesiktning senast den 30 april 2014. Vidare anges att angivna tider är satta utifrån detta och bygger på att entreprenören kan erhålla beställning/kontraktsskrivelse senast den 31 januari 2014. Skulle tidsförskjutning uppstå avseende den tidpunkt då entreprenören erhåller beställning/kontraktsskrivelse och denna tidsförskjutning resulterar i att färdigställandetiden inte kan hållas, äger beställaren rätt att avbryta upphandlingen alternativt överenskomma om en motsvarande tidsförskjutning d.v.s. en senarelagd färdigställandetid. Förvaltningsrätten kan konstatera att det av utredningen i målet framgår att kommunen tidigast kunnat teckna avtal den 15 mars 2014.

Den nu aktuella tiden mellan beräknat avtalstecknande och slutbesiktning kan enligt förvaltningsrätten framstå som kort. Med beaktande av den möjligheten till senareläggande av färdigställandetid som anges i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten emellertid att utredningen i målet inte visar annat än att den tid som sammantaget stått till Pontechs och andra möjliga leverantörers förfogande för att vidta de åtgärder som fordrats för att fullgöra uppdraget får anses ha varit tillräcklig. Enligt förvaltningsrättens mening kan således Pontech därigenom inte anses ha fråntagits möjligheten

att i konkurrens med övriga leverantörer delta i anbudsgivningen. Pontech har i målet inte heller förmått visa att bolaget av den aktuella tidsfristen lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande föreligger således inte heller på denna av Pontech anförda grunden.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Pontech åberopat i målet inte visar att Simrishamns kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Pontechs ansökan ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Sune Wennerberg 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.