



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Maria Nyström

DOM
2012 -07- 19
Meddelad i
Malmö

Mål nr
4211-12 E

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 0	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Nya Swimtec AB, 556835-9193
Tryckaregatan 14
434 37 Kungsbacka

Ombud: Advokat Ulf Käll och jur.kand. Carina Asp
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Bromölla kommun
Box 18
295 21 Bromölla

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Richard Sahlberg
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Södergatan 15
211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

DOMSLUT

Bromölla kommuns upphandling av ny reningsanläggning i Bromölla
simhall ska göras om.

Dok.Id 115409

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bromölla kommun (kommunen) genomför upphandling med förenklat förfarande enligt bestämmelserna i LOU av ny reningsanläggning i Bromölla simhall.

Nya Swimtec AB (Swimtec) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Ansökan om överprövning kom in till domstolen innan tilldelningsbeslut fattats. Förvaltningsrätten beslutade den 27 april 2012 interimistiskt att Bromölla kommun inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får tekniska specifikationer inte 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”.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

Under punkten AFC. 21 i förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

Om entreprenören önskar byta ut visst föreskrivet material, fabrikat eller arbetsutförande mot likvärdigt åligger det honom att införskaffa alla de uppgifter som erfordras för att beställaren ska kunna bedöma likvärdigheten. Likvärdighetsbegreppet ska även inkludera faktorer såsom utseende, miljöhänsyn, drift och underhåll samt härtill hörande kostnader. (---) Beställaren avgör i varje enskilt fall vilka material som är likvärdiga i de fall handlingarna anger att likvärdiga produkter får användas.

Under punkten 4.1 i förfrågningsunderlagets arbetsbeskrivning anges bland annat följande.

Angivna fabrikat är Rambölls normala komponentval för angivande av kvalitetsnivå. Dessa val och typer är vägledande och kan ändras av entreprenören. Funktion, uppbyggnad, materialval, intyg, godkännanden och tjänster ska dock vara identiska eller bättre vid ett alternativt val än för de angivna komponenterna.

Omständigheter åberopade av Swimtec

Swimtec har avstått från att lämna anbud eftersom de krav som kommunen uppställer avseende trumfilter och UV-anläggningar i praktiken innebär att det endast är ett fabrikat som kan möta kraven. Kommunen har tidigare annonserat det aktuella uppdraget och uppställt krav på fabrikatet Hydrotech och UltraAqua. Fabrikaten anges inte längre i förfrågningsunderlaget, men kraven är i övrigt identiska. Hydrotech har endast en återförsäljare i Sverige och denne säljer inte aktuell trumsil till andra entreprenörer i Sverige. För den som är insatt i branschen är det uppenbart att det är bolagets produkter är definierade i förfrågningsunderlaget.

Den i arbetsbeskrivningen föreskrivna systemuppbyggnaden har i huvudsak uppförts för en enda aktör i Sverige. Det faktum att kommunen uppställer krav på danska standarder är ett indicium på att arbetsbeskrivningen är utformad i syfte att möta en specifik aktör. De tekniska kraven är så precist utformade att all konkurrens torde vara satt ur spel. Det går med kommunens förfrågningsunderlag i praktiken inte att byta teknikval.

Vidare framgår i arbetsbeskrivningen punkten 4.1 att funktion, uppbyggnad, material, intyg, godkännande och tjänster måste vara identiska eller bättre vid ett alternativt val än för de angivna komponenterna. Identiska måste betyda "samma" som den efterfrågade. Formuleringen kan inte innebära att likvärdiga komponenter godtas. Då är det i praktiken bara ett fabrikat som kan godtas. Utifrån denna formulering har Swimtec inte kunnat utläsa att andra likvärdiga varianter av t.ex. trumsil godtas i upphandlingen. Andra fabrikat måste vara bättre.

Swimtec får inte köpa den av kommunen önskade produkten. Det går heller inte att bevisa att andra lösningar är identiska eller bättre eftersom bola-

get inte fått tillgång till någon teknisk beskrivning av produkten. Det gör det omöjligt för andra konkurrenter att uppfylla kravet.

Kommunen förnekar inte att det i och för sig finns olika lösningar avseende vattenrening och således en konkurrens på marknaden. De syften kommunen eftersträvar utgörs av vattenrening, kvalitet, miljömässig hänsyn etc. De krav som ställs i upphandlingen utgörs i stället av mycket specificerade krav på teknisk utformning.

Kommunen behöver inte välja en helt annan teknisk lösning eller göra avkall på kvaliteten för att öka konkurrensen i upphandlingen. UV-anläggningar har funnits länge på den svenska marknaden och finns i flera fabrikat. Det aggregat som kommunen efterfrågar har endast leverats vid ett fåtal tillfällen i Sverige och den tekniska beskrivningen är så detaljerad gällande ingående komponenter att Swimtec inte kan uppfylla dessa krav. Trumsilar har under lång tid utnyttjats i avloppsreningsverk för avskiljning av större partiklar. För just badvattenrening har tekniken relativt nyligen haft sitt intåg på marknaden. Swimtec erbjuder trumsil i sitt sortiment, men den trumsil som kommunen efterfrågar är så detaljerat specificerad avseende ingående komponenter att Swimtecs trumsil inte uppfyller dessa krav.

Swimtec, som erbjuder annan teknik, möter inte de ovan beskrivna kraven och kan därmed inte delta i upphandlingen. Detta trots att den teknik som Swimtec erbjuder ger en effektiv vattenrening med låga driftskostnader och till låg miljöbelastning. Swimtec har även produkter för udda systemlösningar så som "trumfilter", men då produkterna i förfrågningsunderlaget är så hårt specificerade går Swimtecs produkter inte att nyttja även om de utför samma arbete.

Kommunen har genom att uppställa tekniska krav som endast en leverantör kan möta handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Agerandet har en

direkt konkurrensbegränsande effekt på den aktuella marknaden. Det faktum att utländska återförsäljare kunnat inkomma med anbud förtar inte det faktum att konkurrensen påtagligt begränsas på den svenska marknaden.

Att andra alternativ ska vara identiska eller bättre strider mot kravet i LOU på att det uttryckligen ska anges i förfrågningsunderlaget att likvärdiga alternativ godtas för att leverantörer inte ska avstå från att lämna anbud i upphandlingen. För att uppfylla kravet på likvärdighet måste kommunen i vart fall godta andra utformningar av material, komponenter osv, som ger en likvärdig vattenrening. Vidare strider arbetsbeskrivningen mot principen om transparens.

Kommunens bemötande av åberopade omständigheter

Det vitsordas att kommunen tidigare annonserat det aktuella uppdraget och att det då fanns återgivet de fabrikat som uppställts, men dessa har tagits bort för att med säkerhet efterkomma upphandlingslagstiftningens krav på likabehandling. Genom punkten AFC.21 i förfrågningsunderlaget och punkten 4.1 i arbetsbeskrivningen har kommunen till fullo efterkommit kravet på likabehandling.

Det finns inte ett krav på att den upphandlande myndigheten måste tillåta likvärdiga utföranden när det gäller en föreskriven teknisk lösning. En vanföreställning är att en upphandlande myndighet alltid måste utforma sitt förfrågningsunderlag, gällande de tekniska krav som uppställts, på ett sätt så att fler leverantörer än en kan komma ifråga. Det skulle innebära att det offentliga tvingas sänka sina krav för att passa lösningar som baseras på gammal teknik, om det finns en fabrikant som ligger före de andra i utvecklingen. De upphandlande myndigheterna skulle inte kunna köpa det senaste på marknaden. Både trumfiltret och UV-anläggningen tillhör de senaste tekniska lösningarna på marknaden och att möjligen endast en le-

verantör än så länge kan leverera innebär inte att kommunen måste avstå från att ställa krav motsvarande denna lösning. Om så skulle vara fallet skulle det innebära att potentiella anbudsgivare skulle kunna tvinga igenom lösningar som kommunen inte vill ha, för att de i och för sig skulle tillgodosätta behovet men på ett annat sätt.

Kommunen har inte bestämt i förväg vilket fabrikat de vill ha, utan endast vilken typ av lösning. Kommunen har för avsikt att köpa det bästa och senaste som marknaden kan erbjuda i syfte att ligga i framkant rent tekniskt med en ny, modern, teknologi som ger en effektiv vattenrening med låga driftskostnader i form av el, vatten och värmeförbrukning. Syftet är alltså att installera energi- och vattenbesparande lösning som garanterar en bra inomhusmiljö för kommunens personal och badgästerna. Energi- och vattenförbrukningen är mycket lägre för ett trumfilter än för ett sandfilter och miljövinsterna är flera. Kommunen får högsta möjliga badvattenkvalitet till lägsta möjliga kostnad. De detaljerade krav som uppställts i förfrågningsunderlaget har varit nödvändiga för att säkerställa hög kvalitet på utförandet och en mindre detaljeringsgrad hade kunna innebära att det eftersträvade syftet inte uppnåddes vid utförandet av uppdraget.

Att en dansk standard utpekats som kvalitetsnorm beror inte på en favorisering av en dansk leverantör. Den danska standarden är väl beprövad och finns tillgänglig för alla och envar av de potentiella anbudsgivarna. Det är möjligt att det bolag, vars lösning kan komma ifråga, endast har en återförsäljare i Sverige. Under alla omständigheter har utländska återförsäljare till Hydrotech kunnat komma in med anbud just avseende detta fabrikat.

Att ordet "identisk" i arbetsbeskrivningen punkten 4.1 skulle tolkas som "samma" vad avser ett fabrikat, som klaganden påstår, faller på sin egen orimlighet.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stor frihet att upphandla det man önskar och att definiera föremålet för upphandlingen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inom ramen för denna frihet inte får ställa högre krav på leverantören eller de varor och tjänster som ska levereras, än som behövs och får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Det är inte tillåtet att vid en upphandling definiera det upphandlade föremålet genom att ställa krav på att produkten i fråga ska vara av exempelvis ett visst fabrikat eller varumärke. Däremot kan det upphandlade föremålet beskrivas genom hänvisning till ett fabrikat eller varumärke, men det måste då vara tillåtet att lämna anbud med en produkt som är likvärdig.

Detta innebär att en upphandlande myndighet har stora möjligheter att fritt välja en viss teknisk lösning, men inte att välja en utpekad tillverkare eller en bestämd produkt som har den efterfrågade tekniska lösningen; likvärdiga alternativ inom ramen för den tekniska lösningen ska godtas.

Även om ett visst varumärke eller en viss tillverkare inte uttryckligen omnämns i ett förfrågningsunderlag, kan en beskrivning av en teknisk lösning bli så specificerad och detaljerad att den i praktiken beskriver en existerande produkt av ett visst varumärke eller från en viss tillverkare. Det kan enligt förvaltningsrätten inte vara förenligt med upphandlingslagstiftningen att tillåta att föremålet för en upphandling definieras på ett sådant sätt, om det innebär att den upphandlande myndigheten därigenom kommer runt förbudet mot att upphandla en i förväg utpekad produkt eller en vara från en bestämd tillverkare.

Förvaltningsrätten anser att Swimtec har visat att beskrivningen i kommunens förfrågningsunderlag av den tekniska lösning som efterfrågas på delar av reningsanläggningen, är så specificerad och detaljerad att den är att likställa med att kommunen hänvisar till en vara av ett visst fabrikat eller varumärke eller till en utpekad tillverkare.

Detta skulle enligt förvaltningsrätten i och för sig kunna vara tillåtet i det aktuella fallet, om det behövs för att det önskade upphandlingsföremålet ska kunna beskrivas tillräckligt preciserat. En förutsättning för detta är dock att kommunen uttryckligen godtar likvärdiga produkter.

Frågan är då om kommunen uppfyller kraven i LOU på att det av förfrågningsunderlaget ska framgå att likvärdiga produkter kan accepteras. Vid denna prövning är det givetvis väsentligt att kunna konstatera att det inte endast handlar om att ordet "likvärdig" finns med någonstans i underlaget, utan att det av underlagets utformning också framgår att det finns ett reellt intresse hos den upphandlande myndigheten att faktiskt acceptera produkter som vid en objektiv betraktelse är att anse som likvärdiga.

I arbetsbeskrivningen under punkten 4.1, specifikation av komponenter, har kommunen i och för sig angett att de utpekade komponenterna är vägledande och kan ändras av andra leverantörer. En förutsättning är emellertid att funktion, uppbyggnad, materialval, intyg, godkännanden och tjänster ska vara identiska eller bättre än för de angivna komponenterna, om anbudet avser ett alternativt val av komponenter.

Förvaltningsrätten finner att formuleringen "identiska eller bättre" inte kan likställas med begreppet likvärdig. Ordet identisk kan i detta sammanhang inte gärna ges en annan språklig innebörd än att en offererad produkt inte i något avseende, framför allt tekniskt men i princip även utseendemässigt, får avvika från den i underlaget angivna specifikationen. Att i det samman-

hanget ställa som krav att en produkt som inte i alla delar är identisk, inte bara ska vara objektivt sett likvärdig utan ”bättre” än den i underlaget beskrivna produkten, kan enligt förvaltningsrätten inte anses vara i överensstämmelse med vare sig de uttryckliga bestämmelserna i 6 kap. 4 § LOU eller de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen.

Formuleringen medför enligt förvaltningsrätten att intresserade leverantörer kan ges intrycket att de inte kan nå framgång med ett anbud som innefattar komponenter av andra fabrikat eller av andra tillverkare än de som kommunen genom beskrivningarna i förfrågningsunderlaget indirekt har pekat ut, även om de erbjudna komponenterna objektivt sett borde eller skulle kunna bedömas vara likvärdiga.

Rätten finner därmed att förfrågningsunderlaget har utformats i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Till följd av detta har Swimtec lidit, eller kan komma att lida, skada. Eftersom felet är hänförligt till förfrågningsunderlaget och upphandlingens konkurrensuppsökande skede, kan någon mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte komma i fråga.

I och med detta beslut upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 27 april 2012 att gälla.

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


Peder Liljeqvist



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU