



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Lina Levin

DOM
 2013-05-20
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 585-13
 Enhet 2

SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848
 Box 4018
 171 04 Solna

Ombud: Advokat Erik Boberg
 Advokatfirman Abersten HB
 Prästgatan 24
 831 31 Östersund

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

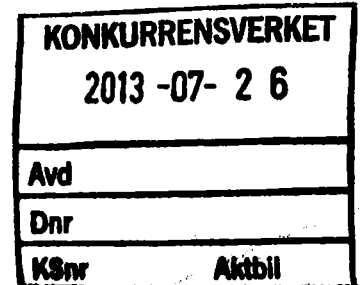
Ombud: Henrik Aminoff och Anders Bengtsson
 Juridik och planprovning
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Ansökan om överprövning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Svevia AB:s ansökan om överprövning.



Dok.Id 84776

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Trafikverket genomför en upphandling av ”Varma beläggningar i Region Öst 2013” (dnr TRV 2012/73560). Upphandlingen, som är en utförande-entreprenad, genomförs som ett öppet förfarande över tröskelvärdet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 31 januari 2013, varvid Peab Asfalt AB tilldelades kontraktet avseende beläggingsgrupp T5.

Svevia AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende beläggingsgrupp T5. Till stöd för sin talan anför Bolaget i huvudsak att Trafikverkets hänvisning till tillverkningsmetoden KGO-III är diskriminerande och att Bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av överträdelsen. Bolaget har lämnat anbud i upphandlingen, dock inte avseende delen T5.

Trafikverket motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak att verket beaktat likabehandlingsprincipen och inte heller diskriminerat eller gynnat vissa företag, varför skäl för ingripande saknas. Bolaget har inte heller bevisat att de lidit skada i upphandlingen.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Trafikverket har föreskrivit att KGO-III-metoden ska användas vid produktion av asfalt avseende beläggingsgrupp T5. Metoden är patenterad och endast tillgänglig för de entreprenörer som mot en avgift tecknar licensavtal med patentinnehavaren. Vidare måste asfaltverket som producerar asfalten anpassas efter metodens krav. Av LOU och unionsrätten följer att tekniska specifikationer inte får innehålla uppgifter som beskriver föremålet för upphandlingen med hänvisning till patent eller tillverkning eftersom det anses som diskriminerande.

Bolaget har inget licensavtal för att använda KGO-III-metoden. Bolaget kan inte heller använda metoden eftersom Bolagets trumblandningsverk inte kan anpassas tekniskt efter denna tillverkningsmetod. Det är inte heller vanligt förekommande i branschen att köpa asfaltmassa som tillverkas av en annan leverantör, i praktiken en konkurrent.

Enligt UFB.314 i förfrågningsunderlaget finns en möjlighet att lämna anbud med likvärdiga lösningar, men eftersom det varken anges några prestanda- eller funktionskrav är det inte möjligt att uppfylla kraven på annat sätt än att använda KGO-III-metoden. Bolaget har erfarenhet från tillverkning enligt KGO-III-metoden som ligger ett tiotal år tillbaka i tiden. Utifrån denna erfarenhet kan dock Bolaget inte förstå vilka prestanda- eller funktionskrav som Trafikverket menar ska uppfyllas vid anbudsgivning på en s.k. likvärdig produkt.

Trafikverket

Anledningen till att Trafikverket valt att hänvisa till KGO-III-metoden är att metoden möjliggör en tillverkning av asfaltmassa vid lägre temperaturer, vilket ger kvalitativa, miljömässiga och ekonomiska fördelar. Det finns också indikationer om att beläggningarnas livslängd ökar med metoden.

Trafikverket är medvetet om att en hänvisning till patent kan leda till att företag gynnas eller missgynnas. Verket har därför licensierat metoden för egen räkning. Detta innebär att anbudsgivarna kan använda metoden utan kostnad eller egen risk. Vidare kan anbudsgivarna, om de inte har befintliga verk som klarar av metoden, bygga om sina asfaltverk för en marginell summa. Ett tredje alternativ är att köpa in beläggningssmassa från ett annat asfaltverk.

Vidare har verket tillhandahållit en möjlighet för anbudsgivarna att presentera likvärdiga lösningar gentemot metoden. Bolaget har invänt att möjlig-

heten att presentera en likvärdig lösning är begränsad eftersom Trafikverket varken preciserat prestanda- eller funktionskrav. Av LOU framgår dock att hänvisningar till patent får förekomma om det inte är möjligt beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Enligt Trafikverkets mening är det svårt att i funktionstermer beskriva KGO-III-metoden på ett sådant sätt att alla aspekter av metoden uppnås och beskrivningen fortfarande är begriplig. Då branschen har en god bild av KGO-III-metoden har de också de bästa möjligheterna att presentera likvärdiga tekniska lösningar som motsvarar metodens kvalitet.

Bolaget har också själv haft asfaltverk som klarat av metoden. Att de sålt asfaltverken torde inte innebära att de förlorat sin kunskap om metodens egenskaper. Vidare har Bolaget så sent som den 5 februari 2013 tilldelats en entreprenad som avser beläggning med KGO-III-metoden. Verket ifrågasätter därför Bolagets påstående om att de inte kan erbjuda beläggningar där KGO-III-metoden används.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Bolaget har anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Av 6 kap. 4 § LOU framgår bl.a. att tekniska specifikationer inte får innehålla uppgifter om tillverkning eller hänvisningar till patent 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”.

Trafikverket har såvitt avser beläggningsgruppen T5 hänvisat till tillverkningsmetoden KGO-III vid produktionen av asfalt (se EK § 1.1 p. 11.5 och Vägverkets publikation 2009:116, VVBK Flödesblandad asfalt av typ KGO-III daterad 2009-09). Av upphandlingsföreskrifterna, UFB.314, framgår dock att en anbudsgivare har möjlighet att lämna anbud med lösningar som på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationer som beställaren hänvisar till i EK § 1.1.

I förevarande fall har således hänvisning skett till en viss patenterad tillverkningsmetod där ett dokument i förfrågningsunderlaget ger en viss teknisk beskrivning av densamma (se hänvisning ovan EK § 1.1 p. 11.5). Av utredningen framgår att Trafikverket har licensierat metoden för egen räkning och att anbudsgivarna därigenom kan använda metoden kostnadsfritt, detta enligt Trafikverket för att säkerställa full konkurrens. Bolaget har inte ifrågasatt uppgifterna om licensanvändningen men anser att det inte är förenligt med LOU att föreskriva användning av en viss patenterad tillverkningsmetod utan att ange vilka krav som måste uppfyllas vid en s.k. likvärdig lösning.

Utgångspunkten för att en hänvisning till ett patent ska få ske är att det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt och att en likvärdig lösning i så fall ska kunna godtas (jfr 6 kap. 4 § LOU). I aktuellt fall är det fråga om en tillverk-

ningsmetod som beskriver en viss blandningsteknik vid produktion av bitumenbundna lager. Bolaget har i denna del vitsordat att beskrivningen i förfrågningsunderlaget innehåller egenskaper beträffande den färdiga produkten. Å andra sidan har Bolaget framhållit att det inte finns några angivna funktionskrav utan endast hänvisning till tillverkningsmetoden. Förvaltningsrätten kan konstatera att Bolaget inte invänt mot Trafikverkets påstående om att det är svårt att i funktionstermer beskriva KGO III-metoden på ett sådant sätt att alla aspekter av metoden uppnås samtidigt som beskrivningen fortfarande är begriplig. Det framgår också av Bolagets egna uppgifter att Bolaget haft egen erfarenhet av att använda metoden tidigare. Trafikverket har också lämnat uppgift om att Bolaget i en annan upphandling lämnat anbud där det hänvisats till samma metod, vilket då inte ifrågasatts av Bolaget. Detta sammantaget talar för att den beskrivning som skett i förfrågningsunderlaget av tillverkningsmetoden gjorts mot bakgrund av att det objektivt sett inte varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt på annat sätt. Mot denna bakgrund och då en likvärdig lösning bedöms kunna lämnas med stöd av uppgifterna i förfrågningsunderlaget har Bolaget inte förmått visa att Trafikverket brutit mot 6 kap. 4 § LOU eller de grundläggande principerna i LOU. Skäl för ingripande saknas därför, varför Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

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

Essa Malmqvist
rådman