



KLAGANDE

Pontech AB, 556589-9514

Ombud: Cheffjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 22 maj 2014 i mål nr 2202-14,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar yrkandet om ogiltighetsförklaring av avtal och yrkandet om återförvisning till förvaltningsrätten i denna del.

Kammarrätten beslutar att Simrishamns kommuns upphandling, Två nya flytbryggor med accessbroar, våren 2014, ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Pontech AB yrkar att kammarrätten ogiltighetsförklarar de avtal som ingåtts mellan Simrishamns kommun (kommunen) och Marinetek Sweden AB

KONKURRENS-
Dok.Id 302063 VERKET

/UPPHANDL. ENH./

Kammarrättens bedömning

Kommunen bestrider att den har ingått avtal med Marinetek om köp av de flytbryggor, bommar och förankringssystem som den nu aktuella upphandlingen gäller och menar i stället att kommunen tillfälligt hyr dessa varor. Pontech har inte presenterat något köpeavtal utan bolagets uppfattning bygger på antaganden utifrån de åberopade fakturorna. Mot den bakgrunden anser kammarrätten att det inte är visat att kommunen och Marinetek har ingått avtal om köp av de aktuella flytbryggorna, bommarna och förankringssystemen. Det finns därmed inget avtal för kammarrätten att överpröva och då inte heller någon anledning för rätten att återförvisa målet till förvaltningsrätten i denna del. Pontechs yrkande härom ska därmed avvisas.

Pontech har även, för det fall kommunen har ingått ett hyresavtal, gjort gällande att det avtalet ingåtts utan föregående annonsering i strid med LOU. En sådan prövning ligger emellertid utanför det nu i kammarrätten aktuella överprövningsförfarandet och kan endast prövas av förvaltningsrätten som första instans efter att en leverantör har inlett ett sådant ansökningsförfarande. Kammarrätten avvisar därför Pontechs yrkande även i denna del.

Kammarrätten har härefter att pröva om kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och om det i så fall har medfört att Pontech har lidit eller kan komma att lida skada.

Fråga om utformning av krav avseende bommar och förankring

Den första frågan är om kommunen genom att i förfrågningsunderlaget efterfråga bommar och förankringssystem av speciellt fabrikat ska anses ha gjort en hänvisning till visst varumärke i strid med 6 kap. 4 § LOU.

Kommunen anser att den har uppfyllt formkravet i 6 kap. 4 § LOU och anför följande. Upphandlingen avser en byggentreprenad av typen totalentreprenad och har därför upphandlats enligt ABT 06 och de därigenom gällande bestämmelserna. Förfrågningsunderlaget, innehållande bl.a. Rambeskrivning och Administrativa föreskrifter, är kontraktshandlingar som kompletterar varandra om inte omständigheterna föranleder annat (ABT 06 kap. 1 § 2 och 3), vilket är ett uttryck för principen att ett visst krav eller åtagande enbart behöver redovisas på ett ställe i kontraktshandlingarna. Eftersom det i de Administrativa föreskrifterna anges att ABT 06 och LOU tillämpas i upphandlingen och man har hänvisat till LOU:s likvärdighetsprinciper är det mycket svårt att se att det föreligger motsättningar eller otydligheter i förfrågningsunderlaget.

Efter egen efterforskning av bommar och förtöjningssystem och mot bakgrund av bristen på konkurrerande anbud med likvärdiga system, har kommunen kommit till slutsatsen att systemen Örsta och Seaflex är unika i sin funktion och tekniska lösning. Då Pontech inte har lämnat in något anbud som kommunen har kunnat ta ställning till har likvärdighetsprincipen aldrig kunnat prövas.

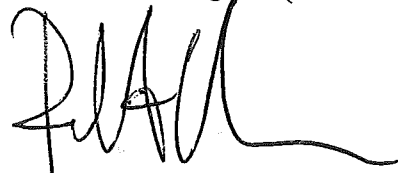
Kammarrättens bedömning

Som huvudregel får de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget 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 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" (6 kap. 4 § LOU).

Kommunen har i Rambeskrivningen, som ingått som en del av förfrågningsunderlaget, efterfrågat bommar av typ Örsta och

föreskrifterna har hänvisat till LOU:s likvärdighetsprinciper och att Rambeskrivningen och de Administrativa föreskrifterna är kontraktshandlingar som kompletterar varandra, medför inte att kommunen ska anses ha uppfyllt formkravet i 6 kap. 4 § LOU. Kommunen har mot den bakgrunden brutit mot principen om icke-diskriminering i 1 kap. 9 § LOU och Pontech har genom detta agerande lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Det saknas därmed skäl att pröva de övriga av bolaget åberopade grunderna. Överklagandet ska således bifallas.

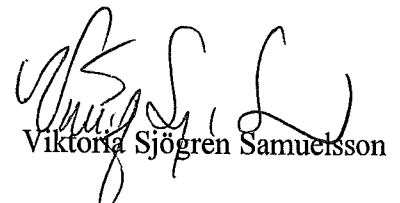
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).




Petter Classon



Birgitta Henriksson
referent



Viktoria Sjögren Samuelsson



Charlotte Ljung
/Charlotte Ljung



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)

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.

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 kontraktsskrivning 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/kontraktsskrivning 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. slutbesiktningsdatum 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-

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".

Fråga om tid mellan avtalstecknande och slutbesiktning

En av förfarandereglerens 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

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.