



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**  
2015-10-09  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
17470-15

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-10-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SÖKANDE**

AlfaBryggan AB, 556834-9749  
Järnvägsgatan 8  
736 32 Kungsör

**MOTPART**

Tyresö kommun

Ombud: Upphandlingschef Tomas Björkman  
Tyresö kommun  
135 81 Tyresö

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen (2007:1091)  
om offentlig upphandling.

Dok.Id 658362

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:**

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00-16:30

### YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun genomför en upphandling med stöd av lagen om offentlig upphandling (LOU) vilken avser leverans och installation samt anläggning av fullt färdig pir och båtbygga på generalentreprenad (2015-KS0340). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande med tilldelningsgrund ekonomiskt mest fördelaktigt anbud.

AlfaBryggan AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för detta yrkande anges följande. Specifikationerna på pontonerna i förfrågningsunderlagets *Handling 11.1 Teknisk beskrivning* är otydliga och vilseledande. Vidare är kraven inte likabehandlande och formuleringen ”eller likvärdigt” saknas. En sådan formulering av kraven behövs för att upphandlande myndighet ska kunna upphandla en produkt med vissa egenskaper eller bättre utan att diskriminera/utesluta liknade produkter. Bolaget anser sig lida ekonomisk skada av dessa felaktigheter.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan. Som grund för denna inställning anges att kommunen har genomfört upphandlingen korrekt i enlighet med principerna i 1 kap. 9 § LOU och upphandlingslagstiftningen i övrigt.

### PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN M.M.

#### Utdrag ur förfrågningsunderlaget

I *Handling 11.1 Teknisk beskrivning* anges i avsnitt 2.6 bl.a. följande.

Typ av flytelement & innehåll – helgjutna betongbryggor.

De vågbrytande pontonerna ska vara osänkbara och utförda i armerad betong med ingjutna flytelement och skärmar/kjolar.

/.../

Flytelementen ska bestå av massiva icke vattenabsorberande cellplastblock, med verifierade egenskaper.

Staplade skivor får inte användas.

Överytan ska vara borstad och utformad så att inga vattenpölar uppstår.

**Bolaget anför bl.a. följande**

Bolaget erbjuder en produkt/flytbrygga av stål och trä som troligen är den mest miljövänliga flytbrygga som kan upphandlas i dag. Stålpontonerna suger inte något vatten och bryggan har en beräknad livslängd på ca 100 år. Bryggan går att återvinna vid destruktion och man får då dessutom betalt för stålet. Bryggan består av trä utan tryckimpregnering som bränns, stål som återvinns och luft.

Bryggmarknaden i Sverige är inte standardiserad och detta är ett problem. Kommunen är helt ointresserad av att öppna upp för likvärdiga nyheter och innovationer. Kommunen kan dock inte utesluta likvärdiga eller bättre metoder eftersom LOU:s syfte är att främja konkurrens. Upphandlingen saknar ”..eller likvärdigt” vilket behövs för kunna upphandla en produkt med vissa egenskaper eller bättre utan att diskriminera/utesluta liknande produkter. Enligt bolagets uppfattning så diskriminerar kommunen tillverkare och aktörer på marknaden, detta trots att det är av största vikt att alla behandlas lika samt att man är helt säker på att produkterna som jämförs utgår från samma specifikation och uppfyller de obligatoriska kraven.

På kommunens hemsida anges att kommunen vill uppnå ett ”ekologiskt hållbart Tyresö” och kommunen bör i så fall vara lyhörd även när det gäller flytbryggors pontoner, upphandla rätt och visa att man är en modern kommun.

Det är oklart vad kommunen egentligen upphandlar. Det finns inte ”helgjutna betongbryggor”, sådana skulle snabbt sjunka. Det är vidare oklart vilken belastning och tidsperspektiv som avses när det anges att bryggorna ska vara ”osänkbara” och hur bryggor som ska vara helgjutna kan ha ”in-gjutna flytelemt”. En betongponton byggs i dag utan botten som en upp-ochnedvänd skokartong utan lock där luftutrymmet är fyllt med polystyren. Inget kan vara mer fel än att kalla dem helbetongsbryggor. På de flesta till-

verkares och återförsäljares hemsidor kan man läsa att ”En helbetongbrygga (betongponton) är tillverkad helt i betong med kärna av cellplast”. Enligt vedertagen praxis är en ponton en luftfylld struktur av en eller flera luftfyllda flytelement som ger flytkraft. Ordet ”ponton” som kommunen använder är således ett relevant uttryck. En pontonstruktur kan också bestå av polyeten, stål eller glasfiber men det som kännetecknar pontonen är att den är fylld med luft. Bolaget anser därför att vad kommunen efterfrågar är en luftfylld pontonbrygga i betong eller liknande som stål, gemensamt är att de ska vara luftfyllda.

Vidare har bolaget under upphandlingen ställt en fråga som kommunen valt att svara på genom ett privat meddelande i TendSign vilket inte är att använda sig av öppenhetsprincipen.

#### **Kommunen anför bl.a. följande**

Våren 2015 beslutade kommunen att från befintlig badvik anlägga en ny båthamn med en för allmänheten tillgänglig pir. Utifrån piren anläggs bryggor med y-bommar för fritidsbåtar, där en båtklubb kommer att få tillgång att bedriva sin verksamhet. Enligt beslut ska bryggan när den har färdigställts ägas och förvaltas av båtklubben. Inför upphandlingen jämfördes olika alternativ av bryggor som finns på marknaden samt fördelar och nackdelar med respektive alternativ. Valet föll på flytbryggor med betongponton. Inför annonseringen kontrollerades att det fanns tillräcklig konkurrens för denna typ av bryggkonstruktion.

Bolaget har via ”frågor och svar” på TendSign ställt önskemål om att kvaliteten på betongen och frigoliten i *Teknisk beskrivning* skulle öppnas upp och att kommunen istället skulle ändra till en ”funktionsupphandling” där det inte begränsas vilken typ av konstruktion/material som ska offereras. Bolaget har av allt att döma förstått vilken typ av bryggkonstruktion som

kommunen efterfrågar eftersom bolaget genom sin fråga för fram önskemål om att kommunen skulle öppna upp för andra konstruktionslösningar.

Bryggan (piren) som upphandlas kommer att ligga vid ett utsatt läge som kommer innebära stora påfrestningar och påtryckningar på konstruktionen. Bryggan kommer även att vara tillgänglig för allmänheten; exempelvis för båttrafik och som promenadstråk. Det är därför mycket viktigt att bryggan har hög tålighet. Eftersom bryggan efter färdigställande ska överlätas till en båtklubb, som även ska sköta förvaltningen av densamma, så krävs det en så underhållsfri brygga som möjligt med lång livstid. Valet föll därför på flytbryggor med betongpontoner och cellplastblock eftersom det är en konstruktion som ger bryggorna hög tålighet, stabilitet och bärighet, lång garanterad livslängd samt är underhållsfri. Det är kommunens bestämda uppfattning att en lösning med stålponter inte kommer att uppfylla kommunens behov vad gäller dessa angivna egenskaper.

I upphandlingen har som underlag inte använts en referensprodukt utan istället har angetts vilket material, bärighet etc. som krävs i den tekniska beskrivningen. Därmed har inte tillägget "eller likvärdigt" varit aktuellt att använda. Syftet med upphandlingslagstiftningen är att säkerställa en sund konkurrens vilket inte kan likställas med att alla leverantörer på alla marknader alltid ska kunna lämna anbud i alla upphandlingar. Bolaget har inte visat att någon anbudsgivare har fått otillbörliga fördelar i upphandlingen.

Kommunen svarade på bolagets öppna fråga privat via TendSign och förklarade att kravet på vald bryggkonstruktion skulle stå fast och grundade detta på att den valda konstruktionen skulle uppfylla kommunens behov på bästa sätt utifrån aktuella förutsättningar för objektet såsom läge, utsatthet, underhåll m.m. Frågan besvarades privat eftersom den inte bedömdes vara relevant för upphandlingen.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Lika-behandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbuds-förfarandet.

Det är upphandlande myndighet som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som anses vara nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås. När upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling och upprättar förfrågningsunderlaget har den stor frihet, förutsatt att de ställda kraven inte bryter mot t.ex. likabehandlingsprincipen eller transparensprincipen (RÅ 2010 ref. 78). Myndigheten måste utifrån den egna verksamhetens förutsättningar och krav på hur verksamheten ska fungera ges utrymme att utforma ett förfrågningsunderlag som man uppfattar, genom konkurrensutsättning, kan tillgodose realistiska krav. Allt under förutsättning att det inte sker i strid mot LOU.

Tilldelningskriterier ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelande om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka

omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller vissa angivna tekniska specifikationer. Bolaget menar att det är oklart vad som upphandlas. Även om begreppet helgjutna betongbryggor må vara missvisande i sig så kan det enligt förvaltningsrättens mening för en branschvan anbudsgivare inte anses vara oklart vad som menas med detta begrepp. Detta framgår också av vad bolaget anför gällande vad tillverkare och återförsäljare anger på sina hemsidor om helbetongbryggor/betongpontonier. Även bolaget självt förefaller ha en klar uppfattning om vad som menas med begreppet. Förfrågningsunderlaget kan således inte anses vara oklart på ett sådant sätt att kommunen har brutit mot transparensprincipen.

Upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling och kommunen har i detta fall, utifrån klart redovisade överväganden, bestämt att aktuella flytbryggor ska vara "helgjutna" betongbryggor med angivna specificeringar. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta kommunens kontroll av att det finns tillräcklig konkurrens för denna typ av bryggkonstruktion. Bolaget har inte visat att de ställda kraven innebär att den konkurrens som EU-rätten och LOU:s bestämmelser värnar om har hindrats, begränsats eller snedvridits. Även bolaget anger sig för övrigt i yttrande ha möjlighet att offerera den aktuella typen av flytbrygga.

Bolaget argumenterar vidare för att den av bolaget erbjudna konstruktionen för flytbryggor är den mest miljövänliga. Även om kommunen har ambitionen att uppnå ett tillstånd av ekologisk hållbarhet så ställs dock inte några sådana krav i den aktuella tekniska beskrivningen.

I *Teknisk beskrivning* punkt 2.6 har kommunen redogjort för vilken typ av brygga som upphandlingen avser samt vilken konstruktion, material och

egenskaper som krävs. De tekniska specifikationerna innehåller dock inte några uppgifter om ursprung, tillverkning, särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke som leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Eftersom sådana uppgifter eller hänvisningar saknas finns inte heller skäl att ange ”eller likvärdigt”. Förfrågningsunderlaget har således inte i detta avseende utformats i strid mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling.

Att kommunen besvarade den av bolaget ställda frågan på TendSign genom ett privat meddelande kan inte heller anses motivera ett ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten anser sammantaget att kommunen i den aktuella upphandlingen inte på sätt som bolaget anfört har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Det saknas därför skäl att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Per Eskilsson

Rådman

Föredraganden Anna Cederberg har handlagt målet.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.