



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredragande
Matilda Ståhl

DOM
2019-09-03
Meddelad i Falun

Mål nr
2733-19

SÖKANDE

SF Pontona Sverige AB, 556715-5741

Ombud: Advokat Linda Dahlström och biträdande jurist Christoffer
Erlandsson
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Tanums kommun

Ombud: Advokat Anders Nilsson och Anna Erikson
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 259153

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	023-383 00 80	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tanums kommun (kommunen) gör en upphandling av leverans och montering av flytande T-pir i Grebbestad, Tanums kommun (dnr KS2019/0086-973). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 27 maj 2019 varvid Bohusgjuteriet AB (Bohusgjuteriet) antogs som vinnande leverantör. Av utvärderingsprotokollet framgår att ett anbud från SF Pontona Sverige AB (Pontona) placerat sig på andra plats.

Pontona ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Bohusgjuteriet inte beaktas och i andra hand att upphandlingen görs om. Pontona anför i huvudsak följande. Kommunen har agerat i strid med LOU genom att anta ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven. Bohusgjuteriets anbud skulle rätteligen ha förkastats eftersom bolagets anbud inte uppfyller kraven på referensuppdrag. Alternativt brister upphandlingsdokumenten i transparens och öppenhet eftersom det inte har angivits på ett tillräckligt tydligt sätt vilka krav som ställs avseende den efterfrågade T-piren. Anbudsgivarna har därför inte lämnat anbud på lika villkor.

Kommunen bestrider Pontonas yrkanden och anför i huvudsak följande. Bohusgjuteriet uppfyller de obligatoriska krav som ställts i upphandlingen. Upphandlingen har utformats och genomförts på ett sätt som är förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt

ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Pontona anfört är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Pontona har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

När en anbudsgivare åberopar flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till frågan om det finns skäl för ingripande till följd av de brister som Pontona menar finns i upphandlingsdokumenten.

Upphandlingsdokumenten

I AFB.52 i upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande.

Krav på teknisk förmåga och kapacitet

Anbudsgivaren ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att genomföra uppdraget. Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av att genomföra liknande entreprenader. Intygas i anbudsformuläret.

Till styrkande av att anbudsgivaren har erforderlig teknisk förmåga och kapacitet skall anbudsgivare lämna minst tre referenser avseende liknande uppdrag, slutförda under de senaste fem åren, se AFB.31.

Uppgift om värde, tidpunkt och plats för entreprenaden ska anges.

Är upphandlingsdokumenten otydliga?

Vad Pontona anför

Det har inte angivits på ett tillräckligt tydligt sätt vilka krav kommunen har uppställt avseende den efterfrågade T-piren. Kommunen har misslett Pontona, tillsammans med andra potentiella leverantörer som valt att inte

lämna anbud med anledning av den höga kravställningen. Pontona har, med anledning av kravställningen, tvingats offerera en dyrare lösning än vad som hade varit möjligt med en lägre kravställning. Pontona har lagt mycket resurser på att utifrån upphandlingsdokumentens omfattande obligatoriska krav och upphandlingsföremålets komplexitet beräkna ett seriöst anbud. Av upphandlingsdokumenten framgår att upphandlingsföremålet kräver en viss och omfattande tekniska kompetens vid genomförandet av entreprenaden. För att säkerställa att det finns den tekniska kunskap och kapacitet som krävs för genomförandet har kommunen ställt krav på att anbudsgivarna ska visa på sådan teknisk kompetens och förmåga. Kommunen har dock frångått dessa krav vid kvalificeringen och tilldelningen. Pontona, som lagt mycket resurser på att säkerställa att den tekniska kompetensen finns tillgänglig, hade kunnat lämna ett anbud med lägre anbudspris om detta inte hade krävts.

Vad kommunen anför

Kravet på redovisning av referenser är tydligt och uppfyller LOU:s krav på öppenhet, transparens och likabehandling. Kommunen har svårt att förstå vad Pontona menar med påståendena om att den aktuella kravställningen lett till att Pontona tvingats offerera en dyrare lösning än vad som hade varit möjligt med en lägre kravställning. Kravställningen på själva entreprenaden framgår av upphandlingsdokumenten, i synnerhet av den tekniska beskrivningen. En normalt omsorgsfull anbudsgivare kalkylerar sitt anbud utifrån vilka krav som ställs på upphandlingsföremålet. Vilka referensobjekt som får eller inte får redovisas i ett anbud saknar rimligen betydelse för anbudspriset.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds.

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivaren ska ha tekniska och yrkesmässig kapacitet att genomföra uppdraget samt att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av att genomföra liknande entreprenader. För att styrka detta ska anbudsgivaren lämna tre referenser avseende liknande uppdrag. De tekniska krav som ställs på upphandlingsföremålet framgår av dokumentet Teknisk beskrivning som är en del av upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrätten anser att vad som framgår av upphandlingsdokumenten är tillräckligt för att anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om upphandlingsföremålet samt vad som avses med referenser avseende liknande uppdrag. Anbudsgivare kan således utforma sina anbud på ett sådant sätt att de uppfyller de obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten anser inte att Pontona anfört omständigheter som visat att det förekommer brister avseende beskrivningen av upphandlingsföremålet eller de obligatoriska krav anbudsgivarna ska uppfylla. Upphandlingsdokumenten kan därmed inte anses vara utformade på ett sätt som strider mot transparensprincipen.

Uppfyller Bohusgjuteriet kravet på referenser?

Vad Pontona anför

Bohusgjuteriet uppfyller inte de obligatoriska kraven på teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet som framgår av AFB.52. Bohusgjuteriet har

lämnat tre referenser som inte på något sätt kan anses vara liknande uppdrag som upphandlingsföremålet. Med utgångspunkt i de obligatoriska kraven och den tekniska specifikation som finns i upphandlingsdokumenten kan det konstateras att kommunen efterfrågar leverans och montage av en flytanläggning för industriell användning i form av en flytande industrikaj. Av upphandlingsdokumenten framgår t.ex. att den efterfrågade anläggningen ska ha en meter fribord, att den ska klara en belastning av 970 ton båtlast, att anläggningen ska ha pollare av typen tee pollare som klarar en last av en båt på 170 ton, att hela konstruktionen ska klara en belastning av tung truck och att landgången ska vara dimensionerad för trafiklast av truck med totalvikten 8,5 ton och axeltryck på 7,67 ton. Vidare ställs krav på att landgången och flytbryggan bestående av pontoner och betong ska konstrueras och utföras enligt Trafikverkets krav Brobyggande.

Ett av Bohusgjuteriets referensuppdrag är en vanlig båtbygga vid Gismeröya med cirka 60 cm fribord, för enbart gående och med en enkel träfender och pollare för mindre fiskebåtar. Ett annat referensuppdrag utgörs av en vanlig vågdämparponton i Strömstad med fribord på cirka 50 cm som enbart är avsedd för gående, med enkel avfendring. Det sista referensuppdraget utgörs av vanliga betongpontoner i Helsingör med cirka 70 cm fribord som enbart är avsedd för gående och har pollare för medelstora båtar. Inget av Bohusgjuteriets referensuppdrag är alltså körbara eller har den konstruktion som krävs för att klara av den last och belastning som krävs vid konstruktion av upphandlingsföremålet. Samtliga av Bohusgjuteriets redovisade referensuppdrag har vidare lägre fribord än vad upphandlingsföremålet kräver.

De omfattande tekniska krav som har ställts för att t.ex. säkerställa att krav uppfylls på att anläggningen är körbar medför krav på att leverantören använder och tillämpar särskilda beräkningar och tillverkningsätt, vilka skiljer sig från tillverkningen av en enklare flytanläggning som t.ex. inte

behöver vara körbar. Den omständighet att samtliga material måste dimensioneras och förstärkas genom armering får till följd att det för att klara krav på stabilitet krävs en helt annan konstruktion för en flytande industrikaj än för en betongponton avsedd för mindre båtar och gående. Bohusgjuteriet har vidare inte visat att de har sådan teknisk kunskap och kapacitet att gjuta in och armera den typ av kraftig pollare som krävs enligt upphandlingsföremålet. Infattning och armering av upphandlingsföremålets kraftiga pollare skiljer sig avsevärt från den typen av pollare som redovisas i referensobjekten. Även om kommunen inte har angett specifikt i upphandlingsdokumenten att referensuppdragen ska innefatta vissa moment så har kommunen angett att tre referensuppdrag avseende liknande uppdrag ska bifogas anbudens. Liknande projekt måste rimligtvis uppnå en viss nivå av jämförbarhet med upphandlingsföremålet för att utgöra ett liknande uppdrag.

Bohusgjuteriet har alltså inte visat att bolaget har den tekniska förmåga och kapacitet som ställs krav på i upphandlingen och bolaget uppfyller därmed inte aktuellt obligatoriskt krav i upphandlingen. Bolagets anbud ska därför förkastas.

Vad kommunen anför

Avsikten med kravet på att anbudsgivarna ska redovisa referensobjekt avseende liknande entreprenader har varit att kommunen velat försäkra sig om att anbudsgivarna har tillräcklig tekniska förmåga och kapacitet för att genomföra entreprenaden. För detta ändamål har det varit tillräckligt att anbudsgivarna redovisat referensobjekt utvisande exempelvis flytande kaj/kajanläggning på det sätt som Bohusgjuteriet har gjort. Om kravet hade inneburit att referensobjekten skulle avse körbara anläggningar konstruerade för att klara en viss last och belastning hade kommunen angett det. Kommunen hade vidare haft en skyldighet enligt LOU att ange detta vilket också framgår av praxis.

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen har, i HFD 2013 ref. 5, uttalat att överprövningen inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande enheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Endast om den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten kan det således bli aktuellt att ingripa mot en upphandling på denna grund.

Om upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare från att delta i utvärderingen ska det klart framgå av upphandlingsdokumenten vad som krävs för att anbudsgivaren ska uppfylla ett obligatoriskt krav (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom 2016-07-12 i mål 7229-15).

Förutom att referensuppdragen ska avse liknande uppdrag som upphandlingsobjekten och vara slutförda under de senaste fem åren har inga ytterligare krav ställts. Det framgår således inte av upphandlingsdokumenten att referensuppdrag måste klara en specifik lastvikt, ha en viss konstruktion, vara körbara med truck eller ha fribord som uppnår ett visst mått. Förvaltningsrätten anser därför att Pontona inte anfört omständigheter som visar att kommunen påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten när man ansett att Bohusgjuteriets anbud uppfyller de krav som ställts på referensuppdragen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Pontona inte har visat att kommunen förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU vid utformningen eller tillämpningen av upphandlingsdokumenten. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Hanna Berglund
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

