



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-01-25
Meddelad i Linköping

Mål nr
8677-17

1

SÖKANDE

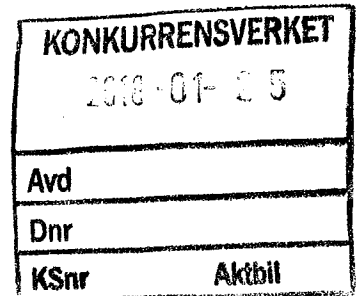
Alfabryggan AB, 556834-9749
Järnvägsgatan 8
736 32 Kungsör

MOTPART

Oxelösunds kommun
613 81 Oxelösund

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 313152

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Oxelösunds kommun (kommunen) genomför upphandlingen "Ramavtal bryggor och kättingar". Upphandlingen genomförs enligt reglerna för förenklat förfarande i LOU. Tilldelning av kontrakt i upphandlingen sker utifrån pris.

Alfabryggan AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten beslutade den 5 december 2017 att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen till dess att målet avgjorts eller något annat har bestämts.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har berövats möjligheten att konkurrera på det sätt som avses i LOU. Genom att använda sig av otydliga utvärderingskriterier har kommunen brutit mot de grundläggande principerna om proportionalitet, öppenhet och likabehandling. Bolaget har härigenom lidit skada eller riskerar att lida skada. Kommunen har brutit mot 4 kap. 1–3 §§, 6 kap. 7 § samt 9 kap. 3, 4 och 6 §§ LOU. Bristerna har påverkat det konkurrensuppsökande skedet.

I den tekniska kravspecifikationen står det detaljerat hur bryggan ska vara byggd. Det ska vara cellplast som flytmedium innesluten i ram/däck av tryckimpregnerat virke. Trä- och betongbryggor med cellplast är en föråldrad teknik som är miljöförstörande. Bolaget erbjuder istället moderna flyt-

bryggor i trä, byggda av återvinningsbart material med luft som flytmedium. Bolaget har frågat kommunen om det går bra att erbjuda alternativa anbud, med en annan typ av pontoner, i form av en produkt som har samma funktion eller bättre. Kommunen har utan motivering svarat att detta inte accepteras. Bolaget har därför blivit förhindrat att medverka i upphandlingen. Eftersom alternativa tekniker utestängs brister upphandlingen och denna ska därför göras om.

En upphandling av en flytbrygga bör innehålla krav gällande beskrivning, funktion, önskat mått, höjd över havet, vattenresistens på pontoner, bärighet, beräknad livslängd och kostnad för destruktion. Kommunen har dock endast specificerat materialvalet. Detta är inte objektivt och funktionellt motiverat. Kommunen har inte beskrivit vad produkten ska tjäna till eller dess egenskaper och funktion eller hänvisning till en standard.

Kommunen borde ha skickat ut en "request for information" för att informera sig om aktuella tekniker som finns på marknaden innan upphandlingen utformades. För att gynna skattebetalarna och miljön borde kommunen ha angett miljökrav och att produkten ska ha låga livscykelkostnader och koldioxidekvivalent, samt angett önskad livslängd. Den nya lagen rekommenderar och ger mer utrymme för att miljökrav ställs.

Enligt LOU ska en upphandlings tekniska beskrivning innehålla prestanda- eller funktionskrav eller vara utformad genom hänvisning till olika standarder. En upphandlande myndighet är fri att bestämma föremålet för en upphandling, men måste samtidigt acceptera likvärdiga produkter och produktionsmetoder som uppfyller de tekniska prestanda- och funktionalitetskrav som uppställts i upphandlingen. De uppställda kraven är riktade till en viss leverantör, eller en viss grupp av leverantörer och innebär en konkurrensinskränkning. För att kraven ska vara förenliga med

proportionalitetsprincipen ska de vara lämpliga och effektiva i förhållande till syftet. Upphandlingen är otydlig och i strid med 4 och 9 kap. LOU.

De tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar bör tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna måste följaktligen kunna bygga på prestanda- och funktionskrav och, om det hänvisas till europeisk standard eller, i avsaknad av sådan, till nationell standard, måste de upphandlande myndigheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar.

Kommunen

Förenklade förfaranden regleras i 19 kap. LOU. Av 19 kap. 2 § LOU framgår att reglerna i 9 kap. LOU gällande utformning av tekniska specifikationer inte är applicerbara på ett förenklat förfarande. De hänvisningar som bolaget gjort till 9 kap. är därför av begränsad relevans. De grundläggande principerna i LOU får istället anses vara vägledande i sammanhanget.

När det gäller tillämpningen av de grundläggande principerna i relation till kravställning som tar sikte på upphandlingsföremålet följer det av praxis att en upphandlande myndighet har stor frihet och att det inte är domstolarnas uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten lyckats upphandla den bästa och mest funktionella lösningen.

Kommunens krav är objektivt utformade, icke-diskriminerande och inte godtyckliga eller uppenbart osakliga. Det saknas således grund för ingripande. Att avvika från ställda krav i förfrågningsunderlaget genom att godkänna bolagets anbud trots att det kommer vara avvikande skulle däremot strida mot likabehandlingsprincipen. Eftersom det är ostridigt att de bryggor

som bolaget erbjuder inte uppfyller ställda materialkrav kan varorna inte heller anses vara likvärdiga.

Bolagets påstående om att kraven är otydliga är ogrundat. En normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare får anses ha kunnat förstå och räkna med vilken typ av bryggor som efterfrågats i upphandlingen. Utifrån bolagets argumentation framgår det även att bolaget är införstått med vilka krav som ställs på bryggorna.

Avseende vad bolagets anfört ur ett miljöperspektiv konstateras att bestämmelserna om miljöhänsyn utgör en målsättning och inte är rättsligt bindande för en upphandlande myndighet. Det är inte heller enligt LOU tvingande att ta hänsyn till livscykelkostnader.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

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 vilka

omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har riktat invändningar mot kommunens val av de produkter som upphandlas samt de krav som har ställts på produkterna. Det är dock den upphandlande myndigheten som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer de krav som anses nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska nås. En upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling, förutsatt att de grundläggande upphandlingsprinciperna iakttas (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Den aktuella upphandlingen avser, enligt de administrativa föreskrifterna, köp av träbryggor med betongflytelement, betongankare, schackel, förankringskätting och kättingfästen. Därtill finns en teknisk kravspecifikation där krav för bryggor, betongankare och kättingar m.m. framgår.

Det är inte förvaltningsrättens uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten har lyckats upphandla den bästa och mest funktionella lösningen (jfr Kammarätten i Sundsvalls dom den 4 november 2013 i mål nr 2545-13). Vad bolaget anfört om att kommunen, enligt bolaget, inte upphandlar den bästa produkten och att kommunen borde ha undersökt vilka tekniker som finns på marknaden, innebär därmed inte att kommunen agerat i strid med LOU.

Bolaget har anfört att andra krav borde ha ställts på produkterna samt att kraven som ställts är otillräckliga och otydliga. Förvaltningsrätten anser att

kraven i den tekniska specifikationen har en tydlig koppling till upphandlingsföremålet samt att de inte framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Utifrån informationen i upphandlingsdokumenten finner förvaltningsrätten vidare att en normalt informerad och omsorgsfull leverantör får anses ha kunnat förstå vilken typ av bryggor som efterfrågas samt vilka krav som ställts. Kraven kan därmed inte anses vara otydliga på ett sådant sätt att det bryter mot någon grundläggande princip eller bestämmelse i LOU. Vad bolaget anfört i denna del visar därför inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har även gjort gällande att kraven riktar sig mot en viss leverantör eller en viss grupp av leverantörer samt att likvärdiga lösningar borde ha accepterats. Bolaget har dock inte utvecklat närmare på vilket sätt kraven riktas mot vissa leverantörer. Utifrån vad bolaget anfört är det därmed inte visat att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på grund av uppgifter om fabrikat, ursprung, särskilt framställningsätt, tillverkning, varumärke, patent eller typ och att kommunen därför, i enlighet med reglerna i 9 kap. 6 § LOU, haft en skyldighet att ange "eller likvärdigt" i den tekniska specifikationen. Vad bolaget anfört i denna del, samt om att likvärdiga produkter borde ha godtagits, visar inte heller i övrigt att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan grundläggande princip eller bestämmelse i LOU.

Den aktuella upphandlingen genomförs enligt reglerna i 19 kap. LOU. Av 19 kap. 2–3 §§ LOU framgår att bestämmelserna i 6 kap. 7 § samt 9 kap. 3–4 §§ LOU därmed inte ska tillämpas. Vad bolaget anfört angående dessa bestämmelser utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har även riktat invändningar mot att kommunen inte tagit hänsyn till livscykelkostnader. Det är den upphandlande myndigheten som väljer vilken grund för tilldelning i 19 kap. 24 § LOU som ska tillämpas. Enligt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**

upphandlingsdokumenten ska tilldelningen i aktuell upphandling ske utifrån pris. När utvärdering sker utifrån pris finns det inga bestämmelser som anger att den upphandlande myndigheten ska analysera livscykelkostnader. Vad bolaget har anfört om detta utgör därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Bolaget har vidare anfört att de produkter som bolaget kan erbjuda är miljövänligare samt att kommunen vid utformandet av upphandlingsdokumentet borde ha angivit miljökrav. Av 4 kap. 3 § LOU framgår att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn vid offentligt upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Bestämmelsen utgör en målsättning och är inte rättsligt bindande för en upphandlande myndighet. Vad bolaget har anfört i denna del utgör därmed inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det bolaget anfört i målet inte visar att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av lagens grundläggande principer. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Christine Lindström

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Amanda Ericsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.