



SÖKANDE

Svenska Pontonhamnar AB, 556753-2568

Ombud: Juristerna Viktor Robertson och Albin Svensson
Advokatfirman Kahn Pedersen AB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Haninge kommun
Kommunstyrelseförvaltningen
136 81 Haninge

Ombud: Upphandlingschefen Mikael Blomberg och juristen Theodor
Israelsson
Upphandling Södertörn, Södertörns upphandlingsnämnd
136 81 Haninge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019-11-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Haninge kommun (kommunen) genomför en upphandling av Pontonanläggningar till Dalarö (SUN 2019-116). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 26 augusti 2019 har annan leverantör än Svenska Pontonhamnar AB (bolaget) tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. Till stöd anför bolaget i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling, och därmed mot 4 kap. 1 § jämförd med 19 kap. 2 § LOU, genom att förkasta bolagets anbud trots att det uppfyllde samtliga krav som gällde vid anbudslämningen. Om det inte vore för kommunens överträdelse av LOU skulle bolaget, som inkommit med det lägsta anbudspriset, ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada. Bolagets anbud har förkastats eftersom en av de ritningar som bifogats bolagets anbud anger att vissa ingjutningsdelar skulle vara varmförzinkade. De krav som anges i rambeskrivningen, t.ex. att ingjutningar i pontonerna ska vara i rostfritt (syrafast), behöver dock enligt anbudsformuläret vara uppfyllda först efter det att utvärderingsfasen är slutförd. Bolaget har i sitt anbud intygat att det avser att uppfylla samtliga krav i samband med leverans. Bolaget har vidare angett att det avser att presentera specifika produktritningar som överensstämmer med upphandlingens krav i samband med beställning eller om så krävs som kompletterande underlag till anbudet. Av det produktblad som hör ihop med den aktuella ritningen framgår dessutom tydligt att bolaget erbjuder antingen ”varmförzinkat eller rostfritt (syrafast)”. Det har inte funnits några krav i upphandlingen på vad ritningarna skulle innehålla

eller några krav på att anbudsgivarna skulle visa att kraven i rambeskrivningen uppfylls. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 21 december 2015 i mål nr 2106-15 prövat en nästintill identisk situation och då funnit att enbart den omständigheten att viss information i produktbladen inte överensstämmer med de obligatoriska kraven inte innebär att anbudsgivaren inte kan tillhandahålla den efterfrågade produkten. I likhet med nuvarande mål fanns ingen skyldighet för anbudsgivarna att visa att de aktuella kraven var uppfyllda i samband med anbudsgivningen. Det finns även skäl att hänvisa till EU-domstolens dom i mål C-599/10, SAG Slovensko, där EU-domstolen inte ansett det vara korrekt av upphandlande myndighet att förkasta ett anbud på grund av uppgifter som inte hade efterfrågats eller angetts i en begäran. Sammantaget utgör uppgiften om varmförzinkat i en av bolagets ritningar inte någon reservation och bolaget kommer att utföra de kommande arbetena helt i enlighet med de krav som ställs i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Kommunen vitsordar att de kvalificeringskrav som uppställts i anbudsformuläret är uppfyllda och att bolagets anbud var bäst enligt uppställda utvärderingskriterier. Bolagets anbud förkastades då en bifogad ritning angav att visst ingjutningsgods skulle levereras varmförzinkat trots att rambeskrivningen angav att ingjutningsgods skulle levereras i syrafast rostfritt. Bolagets anbud innehöll därmed en reservation mot föreskrivna kvalitetskrav i rambeskrivningen avseende pontonenhet 1. Hade anbudet godtagits hade även reservationen blivit avtalsinnehåll, vilket skulle utgöra en väsentlig förändring i förhållande till upphandlingsdokumenten. Varmförzinkat innebär en konkurrensfördel gentemot övriga anbudsgivare, och skulle strida mot principen om likabehandling och syftet med att främja konkurrens. Det kammarrättsavgörande som bolaget har hänvisat till behandlar frågan om upphandlande myndighet ska ta hänsyn till uppgifter i dokument som inte efterfrågats. Domen diskuterar inte uppgifter

i dokument som har efterfrågats, vilket är för handen i detta fall. Den dom från EU-domstolen som bolaget hänvisat till rör onormalt låga anbud och skiljer sig väsentligt från aktuellt mål.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av tilldelningsbeslut den 26 augusti 2019 framgår att bolagets anbud förkastats eftersom bolagets anbud anger att det avser leverera

varmförzinkat ingjutningsgods trots att det i rambeskrivningen p 1.4 st 2 sats 3-4 föreskrivs att ingjutningsgodset ska vara i syrafast rostfritt stål.

Bolaget har gjort gällande att kommunen brutit mot de grundläggande principerna enligt LOU genom att förkasta bolagets anbud trots att det uppfyllde samtliga krav som gällde vid anbudslämningen. Bolaget har fört fram att de krav som angetts i rambeskrivningen om ingjutningsgods behövde vara uppfyllda först efter det att utvärderingsfasen var slutförd. Dessutom har bolaget intygat att det avser att uppfylla samtliga krav i samband med leverans och har uttryckligen angett att det avser att presentera specifika produktritningar som överensstämmer med upphandlingens krav i samband med beställning eller om så krävs som kompletterande underlag till anbudet. Av bifogat produktblad framgår dessutom tydligt att bolaget erbjuder antingen ”varmförzinkat eller rostfritt (syrafast)”. Uppgiften om varmförzinkat utgör inte någon reservation.

Kommunen har invänt att bolagets anbud innehåller en otillåten reservation och att om anbudet hade godtagits hade även reservationen blivit avtalsinnehåll, vilket skulle utgöra en väsentlig förändring i förhållande till upphandlingsdokumenten. Det hade i sin tur inneburit en konkurrensfördel gentemot övriga anbudsgivare, och skulle strida mot principen om likabehandling och syftet med att främja konkurrens.

Av punkt AFB.22 i Administrativa föreskrifter framgår att till förfrågningsunderlaget tillhör bl.a. Rambeskrivning. Av Rambeskrivning punkt 1.4 framgår bl.a. att ingjutningar i Pontonenhet 1 ska vara i rostfritt syrafast.

I punkt AFB.31 i Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

Anbudet ska lämnas i anbudsformuläret och innehålla de uppgifter som framgår av anbudsformuläret. Uppgifter som inte efterfrågas i anbudsformuläret ska inte lämnas in i anbudsfasen, utan ska inkomma efter att upphandlingsfasen avslutats.

I anbudsformuläret anges följande.

Endast de krav som uppställs i detta anbudsformulär måste vara uppfyllda och bifogas anbudet innan sista anbudsdag. Krav som uppställts i andra upphandlingsdokument behöver istället vara uppfyllda efter utvärderingsfasen är slutförd, alternativt gäller som krav på hur uppdraget ska utföras.

I anbudsformuläret, under rubriken Utvärdering av anbud, anges vidare att ritningar och övriga bygghandlingar för pontonenhet 1 och 2 ska bifogas.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget till sitt anbud har bifogat en ritning över Pontonenhet 1 där det bl.a. anges "INGJUTNINGSGODS: VARMFÖRZINKAT". Bolaget har i sitt anbud även angett följande. "Specifika produktritningar som överensstämmer med upphandlingens krav avser vi att presentera i samband med beställningen eller, om så krävs, som kompletterande underlag till anbudet". Bolaget har även till sitt anbud bifogat ett produktblad där det anges "INGJUTNINGSGODS: Varmförzinkat eller rostfritt (syrafast)".

En upphandlande myndighet ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dem lika förutsättningar. I enlighet med denna princip får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget (se bl.a. HFD 2016 ref. 37). EU-domstolen har slagit fast att det med hänsyn till principen om likabehandling krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv

jämförelse av anbudet. Detta skulle inte uppfyllas om anbudsgivare tilläts avvika från grundläggande bestämmelser i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag för de fall då dessa bestämmelser uttryckligen ger denna möjlighet (mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, punkt 37 och 40). Ett anbud som innehåller sådana avvikelser, i form av förbehåll eller reservationer, är därmed att betrakta som orent och ska förkastas.

Bolaget har anfört att det i anbudsformuläret uttryckligen angett att det avser att uppfylla samtliga krav och att bolaget inte har lämnat någon reservation. När en anbudsgivare har bekräftat att ett obligatoriskt krav är uppfyllt utan att särskild bevisning för kravets uppfyllnad föreskrivits i upphandlingsdokumentet har den upphandlande myndigheten som huvudregel rätt att godta anbudet. Om det finns andra uppgifter i anbudet enligt vilka det kan bedömas om visst krav är uppfyllt eller inte kan emellertid inte den upphandlande myndigheten nöja sig med att konstatera att en anbudsgivare i sitt anbud uppgett att kravet är uppfyllt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2010, mål nr 4583-10, och Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 maj 2012, mål nr 6690-6691-11). Enligt förvaltningsrättens mening är det därför inte tillräckligt att konstatera att bolaget i anbudsformuläret har uppgett att det avser att uppfylla de uppställda kraven när det i anbudet finns uppgifter som motsäger detta. Att det av bolaget bifogat produktblad framgår att bolaget har förmåga att tillhandahålla det efterfrågade ingjutningsgodset förändrar inte denna bedömning.

Det är ostridigt att det av upphandlingsdokumentet framgår att ingjutningsgodset ska vara i syrafast rostfritt och att det i anbudsformuläret har varit ett krav att bifoga ritningar för bl.a. pontonenhet 1 innan sista anbudsdag. Det är vidare ostridigt att det av bolagets ritning för pontonenhet 1 framkommer uppgift om att ingjutningsgodset ska vara varmförzinkat. Bolaget har emellertid fört fram att de krav som anges i rambeskrivningen

enligt anbudsformuläret behöver vara uppfyllda först efter det att utvärderingsfasen är slutförd och att uppgiften om ingjutningsgods inte har varit efterfrågad. Förvaltningsrätten konstaterar att, även om uppgiften om ingjutningsgods som sådan inte varit efterfrågad, har det enligt anbudsformuläret varit ett krav att bifoga den aktuella ritningen. Bolaget har därmed i en efterfrågad handling lämnat en uppgift i strid med upphandlingsdokumentets krav. Bolaget har hänvisat till Kammarrätten i Jönköpings dom den 21 december 2015 i mål nr 2106-15 där kammarrätten funnit att den omständigheten att viss information i ett bifogat produktblad inte överensstämte med de obligatoriska kraven inte inneburit att anbudsgivaren inte kunnat tillhandahålla den efterfrågade produkten. Det målet rör emellertid uppgifter i en handling som inte har varit efterfrågad vilket, enligt förvaltningsrättens mening, inte går att likställa med uppgifter som kommit fram i en handling som har varit efterfrågad. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär uppgiften om "INGJUTNINGSGODS: VARMFÖRZINKAT" i bolagets ritning för Pontonenhet 1 att bolagets anbud innehåller en otillåten reservation. Att anta ett sådant anbud hade således stridit mot likabehandlingsprincipen och kommunen har därför förfarit rätt då den förkastat bolagets anbud. Bolaget har inte heller i övrigt visat att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att förkasta bolagets anbud. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Mikael Åberg
Förvaltningsrättsfiskal

Johannes Dahlman har föredragit målet.



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 rätts-tillämpningen.
- 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.