



KONKURRENSVERKET	
2019-03-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Modexa AB, 556454-4749

Ombud: Advokat Gabriella Fossum och Jur. kand. Anders Mattsson
Advokatfirman Vinge KB

MOTPART

Sölvesborgshem AB, 556349-9267

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Sölvesborgshem har genomfört en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för en tidigare upphandling av köksförnyelse m.m, objektsnr FK_A01.

Modexa ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Modexa anför i huvudsak följande. De tekniska krav som ställs på efterfrågade produkter i upphandlingen strider mot såväl LOU och dess grundläggande principer som det bakomliggande ramavtalet. Till följd av de tekniska kraven kan inte Modexa lämna något konkurrenskraftigt anbud och har därmed lidit eller i vart fall riskerar att lida skada. Sölvesborgshem genomför en förnyad konkurrensutsättning. Såsom upphandlingen är utformad innebär den i praktiken att Sölvesborgshem åstadkommer ett nytt ramavtal med löpande avrop. Deras agerande snedvrider konkurrensen inom ramavtalet. Modexa är rangordnat etta på ramavtalet och skulle således ha fått samtliga de kontrakt som Sölvesborgshem avser avropa på det nu upphandlade

ramavtalet. Modexa kommer till följd av att de inte kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud att under lång tid stängas ute från möjligheten att leverera till Sölvesborgshem trots att denna rätt föreligger enligt ramavtalet. Att det aktuella avropet endast är begränsat i tid innebär i sig att det är fråga om löpande avrop, vilket medför att upphandlingen avser ett ramavtal och inte ett kontrakt. Ett antal ospecificerade och vid tidpunkten för upphandlingen oplanerade/ogaranterade leveranser och beställningar under nästan ett års tid utgör inte ”leverans som sker samtidigt i tid”.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet. I befintligt ramavtal för aktuell kategori är Modexa rangordnad etta, varför avrop i första hand ska ske från dem. Av anbudsfrågan följer att det är ett obligatoriskt krav att luckorna som levereras ska vara laserkantade. Enligt ramavtalet kan beställaren precisera och komplettera krav och villkor utifrån ett visst kontrakt. Det görs därför en exemplifierande uppräkningsmetoder, utan anknytning till den form och funktion som metoden åstadkommer, nämns inte som ett sådant krav som kan ställas upp och ställdes inte heller i den bakomliggande upphandlingen. Detta innebär att krav på tillverkningsätt eller särskilt framställningssätt motsvarande det nu aktuella inte får ställas. Det finns inget i aktuell upphandling som indikerar att det finns ett behov av en särskild tillverknings-teknik. Modexa kan erbjuda likvärdiga kantningstekniker.

Laserkantning är en av de många tekniker som kan användas för att foga samman list och stomme på köksluckor. Det finns ett flertal andra beprövade tekniker på marknaden som ger likvärdig kantning på laminatluckor. Att ställa krav på laserkantning kommer att gynna de leverantörer som valt att inrikta sitt tillverkningsätt på laserkantning, trots att fullt likvärdiga resultat kan uppnås med andra tekniker. Dessa kommer att kunna lämna väsentligt mer konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Det finns i princip

endast en leverantör på marknaden som valt att specialisera sig på laserkantning varför kravet kommer att gynna vissa leverantörer framför andra. Det strider mot likabehandlings- och ickediskrimineringsprincipen samt mot ramavtalet att inte tillåta likvärdiga lösningar.

Sölvesborgshem uppger att deras syfte har varit att göra rätt inom ramen för ramavtalet. Modexa har inte visat några kantningstekniker likvärdiga med den som efterfrågats. Kravet på tillverkningsteknik är inte så begränsande som Modexa gör gällande. Emellertid är en kantningsteknik som är likvärdig funktionellt och visuellt ett lika gott alternativ som laserkantning. Modexas invändningar om nytt ramavtal måste ses i förhållande till fastighetsbeståndets storlek och den tid det avser. Sölvesborgshem har en egen snickare som utför köksrenoveringar över hela året. Skulle hans arbete utföras vid en tidpunkt skulle aktuellt ramavtal inte användas utan projektet skulle ha upphandlats som en entreprenad. Modexas tolkning av ramavtalet framstår som så strikt att en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för det inte är sannolik eller i vart fall ytterst begränsad. Det kan inte uteslutas att Modexas hävdade linje har till syfte att helt motverka förnyade konkurrensutsättningar inom ramavtalet i syfte att optimera leverans av den produkt som Modexa vann upphandlingen med. Modexa har inte visat att det valda förfarandet står i strid med vad ramavtalet säger om förnyad konkurrensutsättning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 (20 kap. 6 § LOU).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat. (Jfr RÅ 2009 ref. 69.)

Förvaltningsrättens bedömning

I anbudsförfrågan p. 11 anges bl.a. följande

För att vara förenliga med Sölvesborgshems förvaltningsidé ska anbudsprodukter uppfylla följande krav.

- a. Helvit, slät laminerad lucka och lådfrent, laserkantad med vit PP-list.
- b. Bänkskiva 30 mm, med de tre färgerna betong, mörk trä och mönstrad ljusgrå, eller annan motsvarande modell med likvärdigt utseende. Huruvida utseendet anses vara likvärdigt bedöms av Sölvesborgshem.

Modexa har invänt mot kravet att luckorna ska vara laserkantade och anfört bl.a. att specifika tillverkningsmetoder, utan anknytning till den form och funktion som metoden åstadkommer, inte får ställas. De har anfört att kravet kommer att gynna vissa leverantörer framför andra då endast ett fåtal aktörer erbjuder laserkantning och att det finns andra tekniker som ger likvärdig kantning. Modexa har även anfört att det strider mot likabehandlings-, proportionalitets- och ickediskrimineringsprincipen och mot ramavtalet att inte tillåta likvärdiga lösningar. Sölvesborgshem har invänt att det inte är visat att kravet är så begränsande som Modexa gör gällande.

Förvaltningsrätten konstaterar att Sölvesborgshem har ställt ett krav på att luckor m.m. ska vara laserkantade. Det är ett krav på en specifik tillverkningsmetod. Om man jämför punkterna 11 a) och b), där Sölvesborgshem i fråga om bänkskivor uttryckligen angett att motsvarande modell med likvärdigt utseende tillåts, kan inte annat antas än att Sölvesborgshem inte tillåter likvärdiga lösningar ifråga om laserkantning, då något sådant inte har angivits. Enligt förvaltningsrättens mening har Modexa, genom det de anfört i målet, visat att kravet på laserkantning är ett otillåtet krav och att Sölvesborgshem genom att ställa upp detta krav har brutit mot bestämmelserna i LOU. Eftersom felet härrör sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen/anbudsförfrågan därför göras om.

Förvaltningsrätten finner att det Modexa i övrigt har invänt mot upphandlingen inte är sådant att det visar att Sölvesborgshem har brutit mot LOU eller de principer som bär upp lagen.

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

Malin Toivainen
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.

