



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-10-31
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 4002-16

SÖKANDE

AB Omnia Entreprenad AB, 556707-3621
 Landskronavägen 285
 246 56 Löddeköpinge

MOTPART

Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2016-10-31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Omnia Entreprenad AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 341742

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattentalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Simrishamns kommun genomför en upphandling av toalettbyggnad på Borrby busstorg. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbudet från Antonssons Mark & Entreprenad AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

AB Omnia Entreprenad AB, nedan Omnia, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att den vinnande anbudsgivarens anbud ska diskvalificeras och nytt tilldelningsbeslut meddelas i vilket Omnia ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Omnia att upphandlingen ska göras om. Omnia anför som grund för sin ansökan bl.a. följande.

Upphandlingen rör en totalentreprenad med leverans och montering av en prefabricerad toalett som ska följa Danfos upphovsrätligt skyddade byggnad. Det framgår av förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning att byggnaden som upphandlas avser ny toalettbyggnad enligt ritning HR 2016-001. Ritningen har kommunen låtit Danfo ta fram. Denna ritning är upphovsrättskyddad. Danfo har låtit White arkitekter ta fram ritningen och har därefter förvärvat upphovsrätten från arkitekten. Anbud med alternativa utföranden accepteras inte.

Kommunen har genom att använda ritningen i förfrågningsunderlaget klargjort att det som ska upphandlas är Danfos toalett. Det kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast fullgöras av en viss underleverantör av toalettbyggnaden. Däremot sätts inte konkurrensen ur spel eftersom det kan vara flera olika anbudsgivare för entreprenaden, så länge toaletten levereras från upphovsrättsinnehavaren Danfo. Vinnande anbudsgivare Antonsson ska leverera en toalett från underleverantören

Björilin. Björilin, och därmed Antonsson, kan inte utan att begå upphovsrättsintrång leverera den efterfrågade toaletten. Omnia och KEBAB (treat) ska leverera toalett från Danfo, som innehar ensamrätten till byggnaden. Om kommunen tillåter leverans av annan leverantör än upphovsrättsinnehavaren för den prefabricerade toaletten sker inte anbudsgivningen på lika villkor eftersom Björilin inte behövt betala varken ersättning till en arkitekt eller någon licensavgift för toaletten.

Mellan Björilin och Danfo pågår sedan tidigare en upphovsrättsvist där Danfo gjort gällande att Björilin gör intrång i upphovsrätten. Även om domstolen skulle finna att det inte finns skäl för rättelse måste i vart fall upphandlingen göras om eftersom anbudsgivningen inte sker på lika villkor om upphovsrätten inte upprätthålls. Upphandlingen ska därför göras om utan att den upphovsrättsligt skyddade ritningen utgör del av förfrågningsunderlaget. Alla anbudsgivare ska få samma möjligheter att lämna anbud utan att möta krav på att en byggnad som omfattas av upphovsrätt ska levereras. Att toaletten får utformas hur som helst framgår inte av förfrågningsunderlaget. Under alla omständigheter ska upphandlingen göras om eftersom kommunen inte kan använda Danfos upphovsrättsligt skyddade ritning utan att erhålla Danfos samtycke till det. Omnia lider skada av att Antonsson, som inte utan att begå upphovsrättsligt intrång kan leverera offererad toalett, har tilldelats kontraktet. Omnia har lämnat det näst lägsta anbudet, vilket uppfyller förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och tillmötesgår upphovsrätten som byggnaden omfattas av.

Simrishamns kommun bestrider bifall till Omnias ansökan och anför bl.a. följande.

Aktuell upphandling uppfyller kraven enligt LOU. I den tekniska beskrivningen i upphandlingsunderlaget framgår att bifogade ritningar endast gäller som förslag till utförande och inte är fullständiga. Kommunen har att förhålla sig till LOU och får inte rikta förfrågningsunderlaget så att endast en

produkt/leverantör kan användas. Kommunen har endast ställt funktionskrav och haft ritningar från underlaget med som principskisser. Entreprenören ska inkomma med färdiga handlingar innan byggstart. Upphandlingen avser en totalentreprenad och den toalett- och servicebyggnad som ska upphandlas framgår av den tekniska beskrivningen med tillhörande estetiska ritning HR 2016-001 där även placeringen framgår. Den anbudsgivare som vunnit upphandlingen ska presentera detaljerade ritningar utifrån de förslag på ritningar som funnits i förfrågningsunderlaget. När det gäller punkten i förfrågningsunderlaget att alternativa utföranden inte accepteras så vill kommunen genom detta säkerställa att de får ett önskat utseende på byggnaden och att hela byggnaden kan flyttas vid eventuellt framtida behov.

Den ritning som redovisas i förfrågningsunderlaget har inte framtagits av Danfo. Denna ritning har upprättats genom kommunens egen projektering. Det stämmer att kommunen velat uppföra en toalettbyggnad till utseendet liknande den som redan uppförts på Hammenhögs torg. Kommunen har därför i ritningsunderlaget på aktuell upphandling visat på den estetiska utformningen, såsom rundade hörn men i övrigt mått enligt lägsta minimikrav i Boverkets byggregler. Den upphovsrättstvist som pågår mellan Danfo och Björnin anser kommunen inte har med aktuell överprövning av upphandlingen att göra.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkterna AFA.21 och AFB.11 att upphandlingen är en totalentreprenad och avser uppförande av en ny prefabricerad toalettbyggnad på Borrby busstorg i Simrishamns kommun. Vidare anges under punkten AFB.313 att anbud med alternativa utföranden inte accepteras.

I förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning anges under rubriken Byggnad följande. "Avser ny toalettbyggnad enligt ritning HR 2016-001". Vidare anges under rubriken Allmänt följande. "All för entreprenadens genomförande erforderlig projektering utförs av entreprenören. Generellt gäller att till denna handling bifogade ritningar gäller som förslag till utförande. Ritningar är ej fullständiga. Entreprenören ska kontrollera, revidera, komplettera och upprätta samtliga ritningar och dokumentation som erfordras för entreprenadens utförande. Toalettbyggnad med tillhörande fundament ska av entreprenören projekteras och utföras i enlighet med Boverkets byggregler. All utförd projektering ska granskas och godkännas av beställaren innan upprättande av bygghandlingar. Endast ritningar stämplade som bygghandlingar får användas som underlag för utförande. Byggnaden ska vara prefabricerad och vid framtida ändrade behov kunna flyttas i sin helhet till en annan plats än ursprungsplatsen." Under rubriken Normer anges vidare att "beställaren ansvarar för erforderliga bygglovshandlingar och söker bygglov". Därefter redogörs i den tekniska beskrivningen utförligt för vilka tekniska byggnadskrav som kommunen ställer på efterfrågad byggnad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i underlaget kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare får en upphandlande myndighet inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Av utredningen i målet framgår att det i förfrågningsunderlaget föreligger en ritning benämnd HR 2016-001 och att entreprenaden avser en toalettbyggnad enligt denna ritning. Oavsett om den aktuella ritningen har upprättats av Danfo, såsom Omnia anført, eller genom kommunens egen projektering, såsom kommunen anført, så kan förvaltningsrätten emellertid konstatera att det i den tekniska beskrivningen till förfrågningsunderlaget klart och tydligt anges att bifogade ritningar endast gäller som förslag till utförande och att ritningarna inte är fullständiga. Det anges även att entreprenören ska kontrollera, revidera, komplettera och upprätta samtliga ritningar och den dokumentation som erfordras för entreprenadens utförande. Med hänsyn härtill och då det i den tekniska beskrivningen också utförligt anges vilka tekniska krav som ställs på byggnaden kan förvaltningsrätten inte finna att det föreligger skäl för att på den av Omnia anförda grunden förkasta den vinnande anbudsgivarens anbud. Den omständigheten att det pågår en tvist om upphovsrätt mellan underleverantören Björilin och Danfo ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte heller visat annat än att alla anbudsgivare har haft samma möjligheter att inkomma med konkurrenskraftiga anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att vad Omnia anført och åberopat inte visar att Simrishamns kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att

Omnia har lidit eller riskerat att lida skada. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för ingripande enligt LOU mot upphandlingen. Omnias ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Göteborg. 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 återopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.